

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الحرقي المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

و يليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد
ابن حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الرابع

تدبره وضعنا كتاب المغني في أعلى الصحائف والشرح الكبير في أدناها ، مفصلاً بينهما بخط عرضي مزدوج

أعاد طبعه بنفقته وأشرف على تصحيحه

دار الكتاب العربي

للتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

• البيع مبادلة المال بالمال عليك وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتعاقدين يمد بآعه للاخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبيع صاحبه أي يصافحه عند البيع ولذلك سمي البيع صفقة ، وقال بعض أصحابنا هو الايجاب والقبول إذا تضمن عينين للتمليك ، وهو حد قاصر لخروج بيع المعاوضة منه ودخول عقود سوى البيع فيه ، والبيع جائز بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله تعالى (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) وروى البخاري عن ابن عباس قال : كانت عكاظ ومجنة وذو الحجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأمنوا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج ، وعن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(وبه نستعين)

كتاب البيع (*)

البيع مبادلة المال بالمال عليك وتملكا واشتقاقه من الباع لان كل واحد من المتبايعين يمد بآعه للاخذ والاعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبيع صاحبه أي يصافحه عند البيع ، ولذلك سمي البيع صفقة والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى (وأحل الله البيع) وقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وقوله (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وقوله (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) قال ابن عباس رضي الله عنهما كانت عكاظ ومجنة وذو الحجاز أسواقا في الجاهلية فلما كان الاسلام تأمنوا فيه فأنزلت (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) يعني في مواسم الحج ، وعن ابن الزبير نحوه رواه البخاري ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم (*) ليعلم أن كتاب البيع في الشرح الكبير متأخر عن موضعه هنا فقد مناه لاجل موافقته المعنى للاستفادة من الكتابين قراءة ومراجعة

الزير نحوه ، وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه وروى رفاعه أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يا معشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال « ان التجار بيعون يوم القيامة فجارا لإلأمن بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى أبو سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء » قال الترمذي هذا حديث حسن - في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه وصاحبه لا يبدله بغير عوض ففي شرع البيع وتجوزة شرع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ، ودفع حاجته

(فصل) والبيع على ضربين (أحدهما) الإيجاب والقبول فالإيجاب أن يقول بعتك أو ملكتك أو لفظ يدل عليهما ، والقبول أن يقول اشتريت أو قبلت ونحوها ، فان تقدم القبول على الإيجاب بلفظ الماضي فقال ابتعت منك فقال بعتك صح لان لفظ الإيجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به فصح كما لو تقدم الإيجاب ، وان تقدم بلفظ الطلب فقال بعني ثوبك فقال بعتك ففيه روايتان (أحدهما) يصح كذلك وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب ، وحكى أبو الخطاب فيما اذا تقدم بلفظ الماضي روايتين أيضا

« البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » متفق عليه ، وروى رفاعه أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون فقال « يا معشر التجار » فاستجابوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال « ان التجار بيعون يوم القيامة فجاراً لإلأمن بر وصدق » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح في أحاديث كثيرة سوى هذه ، وأجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة والحكمة تقتضيه لان حاجة الانسان تتعلق بما في يد صاحبه ولا يبدله صاحبه بغير عوض ففي تجوز البيع طريق إلى وصول كل واحد منهما إلى غرضه ودفع حاجته

(مسألة) (وله صورتان) (أحدهما) الإيجاب والقبول . فالإيجاب ان يقول البائع بعتك أو ملكتك أو نحوها ، والقبول أن يقول المشتري ابتعت أو قبلت أو ما في معناهما فان تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين)

إذا تقدم القبول الإيجاب بلفظ الماضي كقوله ابتعت منك فقال بعتك صح في أصح الروايتين لان لفظ القبول والإيجاب وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما فيصح كما لو تقدم الإيجاب (والثانية) لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح مع تقدم القبول كالكساح ولان القبول مبني على الإيجاب فاذا لم يتقدم الإيجاب فقد أتى بالقول في غير محله فوجوده كعدمه ، فان تقدم بلفظ الطلب فقال : بعني ثوبك بكذا فقال بعتك ففيه روايتان أيضا (أحدهما) يصح لما ذكرنا وهو قول مالك والشافعي (والثانية) لا يصح وهو قول أبي حنيفة لانه لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح اذا تقدم كلفظ الاستفهام ولانه عقد عري عن القبول فلم ينعقد كما لو لم يطلب فاما ان تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول أتبيعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال . نص عليه احمد

فاما ان تقدم بلفظ الاستهزام مثل ان يقول أتبعني ثوبك بكذا فيقول بعتك لم يصح بحال نص عليه احمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء (الضرب الثاني) المعاطاة مثل أن يقول أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه احمد فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز قال كذا بدرهم . قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه . وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقد الناس بيعاً ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء ، وحكي عن القاضي مثل هذا قال يصح في الاشياء اليسيرة دون الكبيرة ، ومذهب الشافعي رحمه الله أن البيع لا يصح الا بالاجاب والقبول ، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا

ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وبقاء على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكيم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الاجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بيعاتهم لنقل نقلاً شائئاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط له الاجاب والقبول لينتهى صلى الله عليه وسلم بيانا عاماً ولم يخف حكمه

وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأن ذلك ليس بقبول ولا استدعاء (مسئلة) (وان تراخى القبول عن الاجاب صح ماداماً في المجلس ولم يتشاعلاً بما يقطعه والا فلا) لأن حالة المجلس كحالة العقد بدليل أنه يكتفى بالقبض فيه لما يشترط قبضه ، فان تفرقا عن المجلس أو تشاعلاً بما يقطعه لم يصح لأن العقد إنما يتم بالقبول فلم يتم مع تباعده عنه كالاتثناء والشرط وخبر المبتدأ الذي لا يتم الكلام الا به

(مسئلة) (الثانية المعاطاة) وهو أن يقول : أعطني بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه أو يقول البائع خذ هذا بدرهم فيأخذه ، وقال القاضي لا يصح هذا الا في الشيء اليسير نص احمد على صحا هذا البيع فيمن قال لخباز كيف تبيع الخبز ؟ قال كذا بدرهم قال زنه وتصدق به فاذا وزنه فهو عليه وقول مالك نحو من هذا فانه قال : يقع البيع بما يعتقد الناس بيعاً ، وقال بعض الحنفية يصح في خسائس الاشياء : وهو قول القاضي لأن العرف إنما جرى به في الشيء اليسير ومذهب الشافعي أن البيع لا يصح الا بايجاب وقبول ، وذهب بعض أصحابه الى مثل قولنا

ولنا أن الله تعالى أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع فيه الى العرف كما رجع اليه في القبض والاحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم . وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وبقاء على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكيم ، ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الاجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك في بيعاتهم لنقل نقلاً شائئاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى فلو اشترط الاجاب والقبول لينتهى صلى الله عليه وسلم بيانا عاماً ولم يخف حكمه لانه يفرض الى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكاهم المال بالباطل ولم ينقل ذلك

لانه يفضي الى وقوع العقود الفاسدة كثيرا وأكلهم المال الباطل ، ولم ينقل ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ، ولان الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا ، فكان ذلك اجماعا ، وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه ، وقد أهدي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة متفق عليه . وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى بطعام سأل عنه « أهديت أم صدقة ؟ » فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ، وان قيل هدية ضرب يده وأكل معهم ، وفي حديث سلمان حين جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل . ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب ، وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ، وفي أكثر الاخبار لم ينقل ايجاب ولا قبول وليس الا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان الايجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة على التراضي فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامها وأجزأ عنها لعدم التعبد فيه

عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه ولان الناس يتبايعون بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره قبل مخالفينا فكان اجماعاً ولان الايجاب والقبول انما يرادان للدلالة فاذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطي قام مقامها وأجزأ عنها لعدم التعبد فيه

(فصل) وكذلك الحكم في الايجاب والقبول في الهبة والهدية والصدقة فانه لم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من أصحابه استعمال ذلك فيه وقد أهدي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من الحبشة وغيرها وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة . متفق عليه وروى البخاري عن أبي هريرة قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى بطعام سأل عنه « أهديت أم صدقة ؟ » فان قيل صدقة قال لأصحابه « كلوا » ولم يأكل وان قيل هدية ضرب يده فأكل معهم . وفي حديث سلمان رضي الله عنه حين جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر فقال : هذا شيء من الصدقة رأيتك أنت وأصحابك أحق الناس به فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « كلوا » ولم يأكل ثم أتاه ثانية بتمر فقال رأيتك لا تأكل الصدقة وهذا شيء أهديته لك فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بسم الله » وأكل ولم ينقل قبول ولا أمر بايجاب وانما سأل ليعلم هل هو صدقة أو هدية ولو كان الايجاب والقبول شرطاً في هذه العقود لشق ذلك ولكانت أكثر العقود فاسدة وأكثر أموالهم محرمة وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى (فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع الا بشروط سبعة) أحدها (التراضي به وهو أن يأتيا به اختياراً لقول الله تعالى (الا أن تكون تجارة عن تراض منكم) فان كان أحدهما مكرها لم يصح لعدم الشرط الا أن يكره بحق كالذي يكرهه الحاكم على بيع ماله لو فاء دينه فيصح لانه قول حمل عليه لحق فصيح كاسلام المرتد) (فصل) (الثاني أن يكون العاقد جائز التصرف وهو المكلف الرشيد) فلا يصح من غير هاتل

﴿ خيار المتبايعين ﴾

أي باب خيار المتبايعين فحذف اختصاراً

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (والمتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما)

في هذه المسئلة ثلاثة فصول (أحدها) ان البيع يقع جائزاً ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع مادام مجتمعين لم يتفرقا وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمرو بن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي بركة وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والاوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور . وقال مالك وأصحاب الرأي : يلزم العقد باليجاب والقبول ولا خيار لهما لانه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار . ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالكاح والخلم . ولنا ما روي ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر ، فان خير أحدهما الآخر فتابعا على ذلك فقد وجب البيع ، وان تفرقا بعد أن تابعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه ، وقال صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الأئمة كلهم ، ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو بركة الاسلمي ، واتفق على حديث ابن عمر وحكيم . ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمرو وابن جريج واليث بن سعد ويحيى بن سعيد وغيرهم ، وهو صريح في حكم المسئلة . وعاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته للحديث مع روايته له وبوته عنده . وقال الشافعي رحمه الله : لأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً ؟ وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث فان قيل المراد بالتفرق ههنا الفرق بالأقوال كما قال الله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ستفترق أمتي

كالطفل والجنون والمبرسم والسكران والتائم لانه قول يعتبر له الرضى فلم يصح من غير عاقل كالأقرار وسواء أذن له وليه أو لم يأذن (فأما الصبي المميز والسفيه فيصح تصرفهما باذن وليهما) في إحدى الروايتين (ولا يصح بغير اذنها إلا في الشيء اليسير)

يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين . وهو قول أبي حنيفة (والأخرى) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف فأشبهه غير المميز ، ولان العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لحفائه وكزايد تزايداً خفي التدرج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة

ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) معناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وإنما يتحقق ذلك بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل تغير أولاً ولانه عاقل مميز محجور عليه فيصح تصرفه باذن وليه كالعبد ، وفارق غير المميز فانه لا تحصل له المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بتصرفاته وجرياتها على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط لدفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فاما إن تصرف بغير اذن وليه

على ثلاث وسبعين فرقة « أي بالاقوال والاعتقادات . قلنا هذا باطل لوجوه (منها) ان اللفظ لا يحتمل ماقلوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد انما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث إذ قد علم انها بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه وتركه (الثالث) انه قال في الحديث « إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار » فجعل لها الخيار بعد تباعها وقال « وان تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (الرابع) انه برده تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مثني خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة له بقوله على مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه . وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار ويبيع لم يشترط فيه سواء صفقة لقصر مدة الخيار فيه فانه قد روي عنه أبو اسحاق الجوزجاني مثل مذهبننا ولو أراد ماقلوه لم يجز أن يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فلا حجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد كان عمر اذا بلغه قول النبي صلى الله عليه وسلم رجم عن قوله فكيف يعارض قوله بقوله ؟ على ان قول عمر ليس بحجة اذا خالفه بعض الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمك فلا يحتاج إلى الخيار بعده ولان في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلم المبيعة فلم يثبت فيه خيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله ورواه ما ذكره الخالف في مقابلته والله أعلم (الفصل الثاني) ان البيع يلزم بتفرقهما لدلالة الحديث عليه ولا خلاف في لزومه بعد التفرق والمرجع في التفرق إلى عرف الناس وعادتهم فيما يعدونه تفرقا لان الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل ذلك على انه أراد ما يعرفه اناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء

لم يصح تصرفه الا في الشيء اليسير ، وكذلك تصرف غير المميز لما روي أن أبا الدرداء رضي الله عنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة وهو مبني على تصرف الفضولي وسنذكره ان شاء الله تعالى ، وكذلك الحكم في تصرف السفينة باذن وليه فيه روايتان (احدهما) يصح لانه عقد معاوضة فلا يملك بالاذن كالنكاح وقياساً على الصبي المميز ، بحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه فهنا أولى بالصحة ولاننا لو منعنا تصرفه بالاذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثانية) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا اذن له فقد اذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو اذن في بيع ميساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهاتين ويصح تصرفه في الشيء اليسير كالصبي

(فصل) (الثالث : أن يكون المبيع مالا وهو ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة)

(فيجوز بيع البقل والثمار ودود القز وبذره والنحل منفرداً وفي كواراته) قوله لغير ضرورة احتراز من الميتة والمحرمات التي تباع في حال الخمصة والحر يباح دفع اللقمة بها ، فكل عين مملوكة يجوز اقتنائها والاتفاق بها في غير حال الضرورة يجوز بيعها إلا ما استثناء الشرع كالكلب وأم الولد والوقف لان الملك سبب إطلاق التصرف ، والمنفعة المباحة يباح له استبقاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيع لغيره بذل ماله فيها توصلاً اليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيع نفعه ، وسواء في ذلك ما كان طاهراً كالتياب والعقار وبهيمة

فإن يبي أحدهما مستندراً لصاحبه خطوات وقيل هو أن يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الابدان فقال اذا أخذ هذا كذا وهذا كذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال : فكان ابن عمر اذا بايع فأراد أن لا يقيه مشى هنيهة ثم رجع . وإن كانا في دار كبيرة ذات مجالس ويوت فالمفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو إلى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت أو نحو ذلك ، فإن كانا في دار صغيرة فإذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقته وإن كانا في سفينة صغيره خرج أحدهما منها ومشى وإن كانت كبيرة صعد أحدهما على أعلاها وزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فإن كان المشتري هو البائع مثل أن يشتري لنفسه من مال ولده أو اشتري لولده من مال نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لأنه تولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه ويعتبر مفارقة مجلس العقد للزومه لأن الافتراق لا يمكن هنا لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصد ذلك أو لم يقصده علماء أو جهلاء ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم عاق الخيار على التفرق وقد وجد ولو هرب أحدهما من صاحبه لزم العقد لأنه فارقته باختياره ولا يقف لزوم العقد على رضاها ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سترأ أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما أو قاما فضيضاً جميعاً ولم يتفرقا فالخيار بحالهما ، وإن طالت المدة لعدم التفرق وروى أبو داود والاثرم بأسنادهما عن أبي الرضي قال : غزونا غزوة لنا فنزلنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بفلام ثم أقاما بقية يومهما وليلتها فلما أصبحا من الغد وحضر الرحيل قام إلى فرسه يسرجه فقدم فأتى الرجل وأخذه بالييم فأتى الرجل أن يدفعه إليه فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار

الانعام والحيل والصيد أو مختلفا في نجاسته كالبلبل والحمار لا نل في ذلك خلافاً ، ويجوز بيع الجحش الصغير والفهد الصغير وفرخ البازي إذا قلنا بجواز بيعهما لأنه ينتفع به في المال فأشبهه طفل العبيد (فصل) ويجوز بيع دود القر وبذره وقال أبو حنيفة إن كان مع دود القر قرز جاز بيعه وإلا فلا لأنه لا ينتفع بعينه فهو كالخشرات وقيل لا يجوز بيع بذره ، ولنا أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولأن الدود وبذره طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب ، وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهايم التي لا يحصل منها نفع سوى التناج ويفارق الخشرات التي لا نفع فيها أصلاً فإن نفع هذه كثير لأن الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منها

(فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع ، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة كما ذكر في دود القرز ، ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كبهيمة الانعام ، واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدتها جميعها ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعاً معها وهو مجهول . وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها منفردة عنها فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها ويعرف كثرة منقلبه ، وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكالوكان في وعاء فإن بعضه يكون على بعض فلا يشاهد إلا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان ، فإن لم يمكن مشاهدته لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته

ما لم يتفرقا» ما أرا كما افترقا. فإن فارق أحدهما الآخر مكرها احتمل بطلان الخيار لوجود غايته وهو التفرق ولأنه لا يعتبر رضا في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقتها لصاحبه، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لأنه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كما لو علق عليه الطلاق، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار إن أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وفارقه بغير رضا ويكون الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه فيه الإكراه حتى يفارقه، وإن أكرها جميعا انقطع خيارهما لأن كل واحد منهما ينقطع خياره بفرقة الآخر له فأشبهه ما لو أكره صاحبه دونه، وذكر ابن عقيل من صور الإكراه ما لو رأيا سباعاً أو ظالما خشياً فهربا فزها منه أو حملها سيل أو فرقت ربيع بينهما

(فصل) وإن خرس أحدهما قامت اشارته مقام لفظه فإن لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي. وإن مات أحدهما بطل خياره لأنه قد تمذر منه الخيار والخيار لا يورث وأما الباقي منها فيبطل خياره أيضا لأنه يبطل بالتفرق والتفرق بالموت أعظم، ويحتمل أن لا يبطل لأن التفرق بالابتنان لم يحصل فإن حمل الميت بطل الخيار لأن الفرقة حصلت بالبدن والروح معاً

(فصل) وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستنيله» رواه النسائي والاثرم والترمذي وقال حديث حسن. وقوله إلا أن تكون صفقة خيار يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فإنه لا يلزم تفرقهما ولا يكون تفرقهما غاية للخيار فيه لكونه ثابتاً بعد تفرقهما، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرطاً فيه أن لا يكون بينهما فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق، وظاهر

(فصل) وفي بيع العلق التي يتنفع بها كالتبي تعلق على صاحب الكلف فيمص الدم والديدان التي تترك في الشص ففصاد بها السمك وجهان: أحدهما جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (والثاني) لا يجوز بيعها لأنها لا ينتفع بها إلا نادراً فأشبهت ما لا تنفع فيه.

(مسئلة) ويجوز بيع الهر والفيل وسباع البهائم التي تصلح للصيد في إحدى الروايتين إلا الكلب اختارها الحنفي. والآخرى لا يجوز اختارها أبو بكر

يجوز بيع الهر وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحامد والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي، وعن أحمد أنه كره ثمنها وروى ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر ابن زيد اختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وفي لفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور رواه أبو داود

ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فجاز بيعه كالغفل والحمار، ويمكن حمل الحديث على غير المملوك منها وعلى ما لا نقيم فيه منها بدليل ما ذكرنا

(فصل) ويجوز بيع الفيل وسباع البهائم والطيور التي يصلح للصيد كالقهد والصقر والبازي والنقاب والطيور المقصود صوته كالهازر والبلبل والبيغة وأشياء ذلك وبهذا قال الشافعي، وقال أبو بكر عبدالعزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع القهد والصقر والفيل ونحوها لأنها نجسة فلم يجز بيعها كالكلب

الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فإنه ذكر له فعل ابن عمرو وحديث عمرو بن شعيب فقال هذا الآن قول النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا اختيار أبي بكر، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن عمر كان إذا اشترى شيئاً يعجبه فارق صاحبه متفق عليه، والأول أصح لأن قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر والظاهر أن ابن عمر لم يملكه هذا ولو علمه ما خالفه

(الفصل الثالث) أن ظاهر كلام الحرقى أن الخيار يمتد إلى الفرق ولا يبطل بالتخاير قبل العقد ولا بعده وهو إحدى الروايتين عن أحمد لأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص هكذا رواه حكيم بن حزام وأبو برزة وأكثر الروايات عن عبد الله بن عمر (والرواية الثانية) أن الخيار يبطل بالتخاير اختارها الشريف ابن أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو أصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» يعني لزم وفي لفظ «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» متفق عليه . والأخذ بالزيادة أولى والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد ، فالتخاير في ابتدائه أن يقول بعتك ولا خيار بيننا ويقبل الآخر على ذلك فلا يكون له خيار والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد اختارت أمضاء العقد أو الزامه أو اختارت العقد أو أسقطت خياري فيلزم العقد من الطرفين ، وإن اختار أحدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار الشرط لهما فأسقط أحدهما خياره دون الآخر . وقال أصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء

ولنا أنه حيوان يباح اقتناؤه من غير وعيد في حبسه فأبيع بيعه كالبلع والحمار وما ذكره يبطل بالبلع والحمار وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والنجاسة وإباحة الاقضاء والانتفاع .

فأما الكلب فإن الشرع توعده على اقتنائه وحرمة إلا في حال الحاجة فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة ولأن الأصل إباحة البيع لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) حرم منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فيبقى على أصل الإباحة ، فإن كان الفهد والصقر ونحوها ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجوز بيعه لعدم النفع به، وإن أمكن تعليمه جاز بيعه لأن ما له إلى الانتفاع أشبه الجحش الصغير فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يجعل عليها شباشاً ليجمع الطير إليها فيصيده الصياد فيجوز بيعها للنفع الحاصل منها ويحتمل المنع لأن ذلك مكروه لما فيه من تمذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه

(فصل) فأما بيض مالا يؤكل لحمه من الطير فإن لم يكن فيه نفع لم يجوز بيعه طاهراً كان أو نجساً وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه أصله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لا يجوز بيعه لنجاسته وكونه لا ينتفع به في الحال وما ذكره مغني بفرخه وبالجمش الصغير

(فصل) قال أحمد رحمه الله أكره بيع الفرد . قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للإطافة به واللاعب فأما بيعه لمن ينتفع به لحفظ المنافع والدكان ونحوه فيجوز لأنه كالصقر وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقاً

(مسئلة) (ويجوز بيع العبد المرد المريض وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان)

العقد قولان أظهرهما لا يقطع الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يجز خيار الشفعة ، فلى هذا هل يبطل العقد بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة

ولنا قوله عليه السلام « فان خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع » وقوله « الآن يكون البيع كان عن خيار فان كان البيع عن خيار وجب البيع » وهذا صريح في الحكم فلا يعول على ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارنا للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في البيع فيجوز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ليس كذلك فان سبب الخيار البيع المطلق فاما البيع مع التخالف ليس بسبب له ثم لو ثبت أنه سبب الخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت حكمه ، وأما الشفعيع فانه أجنبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط خياره في العقد بخلاف مسئلتنا ، فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الاخر شيئا فالسأكت منها على خياره لانه لم يوجد منه ما يبطل خياره ، وأما القائل فيحتل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « البيمان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري وأبو داود والنسائي ولانه جعل لصاحبه مملوكة من الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر فيه كما لو جعل لزوجته الخيار فلم يختر شيئا ، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختر والاول أولى اظاهر الحديث ولانه جعل الخيار لفهره ، ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فاذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما يملك الخيار فلم يكن قوله تملكها انما كان اسقاطا فسقط

حكم بيع المرتد حكم القاتل في صحة بيعه وسائر أحكامه ، وبيعه جائز لان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام ولانه مملوك منتفع به ، وخشية هلاكه لا تمنع صحة بيعه كالريض فاننا لانعلم خلافا في صحة بيع المريض

(فصل) ويصح بيع العبد الجاني في أصح الوجهين سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس أو مادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة وهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعالى برقبته حق آدمي فبطلت صحة بيعه كالرهن . بل حق الجناية أكد لانها تقدم على حق الرهن . ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أدائه من غيره فلم يمنع البيع كالكاذب أو حق ثبت بغير رضی سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فيجوز كالمتعق ، وان كان الحق قضايا فهو يرجى سلامته ويخشى تلفه وذلك لا يمنع كالريض ، أما الرهن فان الحق متعلق فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي الرهن برضاه واختياره (فصل) فاما القاتل في المحاربة فان تاب قبل القدرة عليه فهو كالجاني وان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه وملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ، ولانه يمكنه الاتفاع به إلى حين قتله ، ويعتقه فيجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالريض المأبوس من برته ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحم قتله واتلافه وازهاب ماليته وحرم ابقائه فصار بمنزلة مالا ينتفع به من الحشرات والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة منفضية به إلى قتله لا يتمدها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد رمق أو إطعام كلب ، والاولى أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتمل اتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط عنه ولا تنبت

(مسئلة) قال (فان تلفت السلة أو كان عبدا فأعتقه المشتري أو مات بطل الخيار)

أما اذا تلفت السلة في مدة الخيار فلا يخلو إيمان تكون قبل القبض أو بعده فان كان قبل القبض وكان مكيلا أو مؤنونا انفسخ ابيع وكان من مال البائع ولا أعلم في هذا خلافا الا أن يتلفه المشتري فيكون من ضمانه ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان ، وان كان المبيع غير المكيل والموزون ولم ينعم البائع المشتري من قبضه فظاهر المذهب انه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض. وأما ان تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان (احدهما) يبطل وهو اختيار الحرقى وأبي بكر لانه خيار فسخ فبطل بتلف المبيع كخيار الرد بالعيب اذا تلف المبيع (والرواية الثانية) لا يبطل وللبائع أن يفسخ ويطالب المشتري بقيمته وهذا اختيار القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ولانه خيار فسخ فلم يبطل بتلف

أحكام الموتى له من إرث ماله ونفوذ وصيته وغيرها ، ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت إلا بدليل ولا نص فيه ولا إجماع ، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم يكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا المحم يمكن زواله لزال ما يثبت به من الرجوع عن الاقرار والرجوع من الشهود ولولم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه ، وهذا يجعله كالمرض المايوس من برئه ويغنه جائز

(فصل) فاما بيع لبن الآدميات فرويت الكراهة فيه عن احمد ، واختلف أصحابنا في جوازه وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعي . وذهب جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه ، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه مائع خارج من آدمية فلم يجز بيعه بالعرق ولانه جزء من آدمي فلم يجز بيعه بأشبهه سائر أجزائه . والاول أصح لانه طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة ولانه يجوز أخذ العوض عنه في اجارة الظئر فأشبهه المتنافم ويفارق العرق فانه لا تقع فيه . ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الآدمي يجوز بيعها فانه يجوز بيع العبد والامة . وانما حرم بيع الحر لانه غير مملوك وحرم بيع العضو المقطوع لانه لا تقع فيه

(مسئلة) (وفي جواز بيع المصحف وكراهة شرائه وأبداله روايتان)

قال احمد لا أعلم في بيع المصحف رخصة ورخص في شرائها . وقال الشراء أهون . ومن كره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق قال ابن عمر وددت أن الايدي تقطع في بيعها . وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهي رواية عن احمد لانه منتفع به فأشبهه سائر كتب العلم، وهل يكره شراؤه وأبداله ؟ على روايتين ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة وانشافعي وأصحاب الرأي لان البيع يقع على الورق والجلد ويغنه مباح

ولنا قول الصحابة ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ، ولانه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيافته عن البيع والابتذال (١) أما الشراء فهو أسهل لانه استنقاذ المصحف وبذل ماله فيه فجاز كما جاز شراء رباع مكة واستئجار دورها ولم يريعه ولا أخذ اجرهما ، وكذلك دفع الاجرة الى الحجام لا يكره مع كراهية كسبه والرواية الاخرى يكره لان المقصود منه كلام الله تعالى فيجب صيافته عن الابتذال وفي جواز شرائه التسبب الى ذلك والمعونة عليه ، ولا يجوز بيعه لكافر فان اشتراه فالبيع باطل وبه

(١) يقول الآخرون ان المبتذل ما لا يباع وانفس الجواهر تباع وان بيعه سهل على الناس الانتفاع به وتميم هدايته وكتبه محمد وشيد رضا

المبيع كما لو اشترى ثوبا بثوب قتل أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فإنه يردده ويرجم بقيمة ثوبه كذا هنا وأما إذا أعتقه المشتري فإن خياره يبطل لأنه أتلفه وفي بطلان خيار البائع روايتان كما لو تلف المبيع . وخيار المجلس وخيار الشرط في هذا كله سواء

قال الشافعي ، وقال أصحاب الرأي يجوز ويجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل ، له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمن ابتدأه كسائر مالا يجوز بيعه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو وخافة أن تناله أيديهم ، فلا يجوز بيعهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه (مسئلة) (ولا يجوز بيع الحشرات ولا الميتة ولا شيء منها ولا سباع البهائم التي لا تصلح للصيد) لا يجوز بيع الميتة ولا الخنزير ولا الدم . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الميتة والخنزير والأصنام » متفق عليه ولا يجوز بيع مالا ففتح فيه كالحشرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاضطياد كالأسود والذئب ، وما لا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب لا يقع وغراب البين ويضها لانه لا نفع فيه فأخذ منه أكل للامال بالباطل ولانه ليس فيها نفع مباح أشبهت الخنزير (مسئلة) (ولا يجوز بيع الكلب أي كلب كان لانه فيه خلافا في المذهب)

وبه قال الحسن وربيعة . وحامد والشافعي وداود ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي وأجاز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ منها ، وعنه لا يجوز بيع الكلب العقور واختلف أصحاب مالك فقال قوم لا يجوز . وقال قوم يجوز بيع الكلب المأذون في أمسائه ويكره لما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور الا كلب الصيد ولانه يباح الاتفاع به . ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصيح بيعه كالحمار

ولنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه وعن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثمن الكلب خيث » رواه مسلم وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فاملأ كفه ترابا رواه أبو داود ولانه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة أشبه الخنزير ، وأما حديثهم فقال الترمذي لا يصح اسناد هذا الحديث . وقال الدارقطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف

(فصل) ولا يجل قتل الكلب الملع لأنه محل منتفع به مباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة . ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك وعطاء عليه السلام لما ذكرنا في تحريم قتله . ولنا أنه محل محرم أخذ عوضه لحبته فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير . وأما حرم اتلافه لما فيه من الاضرار وهو منهى عنه . فاما قتله مالا يباح أمسائه من الكلاب فان كان أسود بهما أبيض قتله لانه شيطان كما جاء في حديث أبي ذر ولما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لولا أن الكلاب أمة من الأمم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل أسود بهم » وكذلك يباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم الغراب والحدأة والبقر والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ويقتل كل واحد من هذين وان كان

(فصل) ومتى تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار تصرفاً يخص الملك بطل خياره كاعتاق العبد وكتابته وبيعه وهبته ووطئه الجارية أو مباشرتها أو لمسها لشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة

معلماً لما ذكرنا من الحديثين. وعلى قياس الكلب العقور كل ما أذى الناس وضرهم في أنفسهم وأموالهم يباح قتله ولأنه يؤدي بلا نفع أشبه الذئب وما لا مضرة فيه لا يباح قتله للخبر المذكور. وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها وقال «عليكم بالأسود البهيم ذي النقطين فإنه شيطان» رواه مسلم

(فصل) ويحرم اقتناء الكلاب إلا كلب الصيد والماشية والحراث لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «من اتخذ كلباً إلا كلب ماشية أو صيد أو زرع نفى من أجره كل يوم قيراط» متفق عليه. وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر، ويحتمل الإباحة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنه في معنى الثلاثة والاول أصبح لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما تناول أول الخبر نحرجه. قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص باخراجه بشيء يطعمه إياه ليسرق المتاع، أما الذئب فلا يحتتمل هذا في حقه ولأن اقتنائه في البيوت يؤدي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) ويجوز تربية الجرو الصغير ل أحد الثلاثة في أقوى الوجهين لأنه قصده لذلك فيأخذ حكمه كما جاز بيع الجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لما له إلى الانتفاع ولأنه لو لم يتخذ الصغير لما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلماً إلا بالتعلم ولا يمكن تعلمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلم فيها قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهم) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم. والثاني لا يجوز لأنه ليس من الثلاثة

(فصل) ومن اقتنى كلب صيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لأن ذلك لا يمكن التحرز منه، وكذلك لو حصده صاحب الزرع زرعه أبيع اقتناؤه حتى يزرع زرعا آخر، وكذلك لو هلك ماشيته أو باعها وهو يريد شراء غيرها فله إمساك كلبها لينضم به في التي يشتريها، فإن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لاستثنائه في الخبر مطلقاً واحتمل المنع لأنه اقتناء من غير حاجة أشبه غيره من الكلاب، ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيد به وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد وليس في الحال حرث ولا ماشية، ويحتمل الجواز لقصده ذلك كما لو حصده الثور وأراد زرع غيره

(مسئلة) (ولا يجوز بيع السرجين النجس) وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يجوز ولأن أهل الأمصار يبتاعونه لزرعهم من غير نكير فكان أجماعاً

ولنا أنه مجمع على نجاسته فلم يجز بيعه كالميتة وما ذكره ليس باجماع لأن الإجماع انفاق أهل العلم ولم يوجد ولأنه رجيع نجس فلم يجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماله بملوك كالمباحات قبل حيازتها وملبها لأنهم في ذلك خلافاً وقد روى البخاري بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الأدهان النجسة)

لحاجته أو سفر أو حمله عليها أو سكنى الدار ورمها وحصاد الزرع وقصل منه فما وجد من هذا فهو رضاء بالمبيع ويبطل به خياره لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضاء وبدلائه ولذلك يبطل خيار الممتعة بتمكينها الزوج من وطئها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن وطئك فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، فأما ركوب الدابة لينظر سيرها والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها وحليب

في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن أكله حرام لأن لم فيه خلافاً لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الفأرة تموت في السمن فقال « إن كان مائماً فلا تقر به » من المسند وإذا كان حراماً لم يجوز بيعه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إن الله إذا حرم شيئاً جرم ثمنه » ولأنه نجس فلم يجوز بيعه قياساً على شحم الميتة وعنه يجوز بيعه لكافر يعلم نجاستها لأنه يعتقد حلالها ويستبيح أكلها ولأنه قد روي عن أبي موسى لتوا به السويق ويعوه ولا تبعوه من مسلم وينوه ، والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجمعوها فباعوها وأكلوا منها ، إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه » متفق عليه . ولأنه لا يجوز بيعها من مسلم فلا يجوز بيعها لكافر كالحمر والخزير فأنهم يعتقدون حله ولا يجوز بيعه لهم ولأنه دهن نجس فلم يجوز بيعه لكافر كشحوم الميتة . قال شيخنا ويجوز أن يرفع إلى الكافر في فكالك مسلم ويعلم الكافر بنجاسته لأنه ليس ببيع في الحقيقة إنما هو استنقاذ المسلم به (مسئلة) (وفي جواز الاستصباح بها روايتان ويخرج على ذلك جواز بيعها)

اختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت التجسس فروي عنه أنه لا يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم في السمن الذي مات فيه الفأرة « وإن كان مائماً فلا تقر به » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن شحوم الميتة تطلّى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس فقال « لا ، هو حرام » متفق عليه . وهذا في معناه وهو قول ابن المنذر وعنه إباحته لأن ذلك يروى عن ابن عمر وهو قول الشافعي لأنه أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالتأخر وهذا اختيار الحنفي ، فعلى هذا يستصبح به على وجه لا تعدى نجاسته إما أن يجعل في إبريق ويصب منه في المصباح ولا يمس وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجاً مثقوباً ويطبقه على رأس إناء الزيت ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملاً السراج وما أشبه هذا ، وعلى قياس هذا كل انتفاع لا يفضي إلى التجسس بها يجوز ويخرج على جواز الاستصباح به جواز بيعه وهكذا ذكره أبو الخطاب لأنه يجوز الانتفاع به من غير ضرورة فجاز بيعه كالبلغ والحمار ، وهل تطهر بالغسل فيه وجهان ذكرناهما فيما مضى ، وإذا قلنا تطهر بالغسل فالقياس يقتضي جواز بيعها لأنها عين نجسة تطهر بالغسل أشبهت الثوب النجس . وكره أحمد رحمه الله أن تدهن بها الجلود وقال تجعل منها الاسقية ، ونقل عن ابن عمر أنه يدهن بها الجلود وعجب أحمد من هذا فيحتمل أن يحمل على ما لا تعدى نجاسته كالتمال كما قلنا في جلود الميتة (فصل) فأما شحوم الميتة وشحم الكلب والخزير فلا يجوز الاستصباح به ولا الانتفاع به في جلود ولا سفن ولا غيرها لما ذكرنا من الحديث ، وإذا استصبح بالزيت التجسس فاجتمع من دخانه شيء فهو نجس لأنه جزء منه ، والنجاسة لا تطهر بالاستحالة فإن علق بشيء عفي عن سيره لمشفة التحرز عنه وإن كثرت لم ينف عنه

(فصل) ولا يجوز بيع الترياق الذي فيه لحوم الحيات لأن نفعه إنما يحصل بالآكل وهو محرم فحلال

الشاة ليل قدر لبنها ونحو ذلك فليس يرصا بالمبيع ولا يطل خياره لان ذلك هو المقصود بالحيار وهو اختيار المبيع وذكر أبو الخطاب وجها في أن تصرف المشتري لا يطل خياره ولا يطل الا

من تقع مباح فلم يحجز بيعه كالميتة ، ولا يجوز التداوي به ولا بسم الأفاعي ، فأما سم النبات فان كان لا ينفع به أو يقتل قابله لم يحجز بيعه لعدم نفعه ، وان أمكن التداوي يسيره كالمسموم نيا جاز بيعه لانه طاهر منتفع به (فصل) (الرابع أن يكون مملوكا له أو مأذونا له في بيعه فان باع ملك غيره بغير إذنه أو اشترى

بعين ماله شيئا بغير إذنه لم يصح وعنه يصح ويقف على اجازة المالك)

إذا اشترى بعين مال غيره أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (إحداهما) لا يصح البيع وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) يصح البيع والشراء ويقف على اجازة المالك فان أجازته نفذ ولزم البيع وإن لم يحجزه بطل وهو قول مالك وإسحاق وبه قال أبو حنيفة في البيع . فأما الشراء فيقع للمشتري عنده بكل حال لما روى عروة بن الجعد الباري أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به شاة فاشترى شاتين ثم باع إحداهما بدينار في الطريق ، قال فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار والشاة وأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه ابن ماجه والأثرم ولانه عقده بحين حال وقوعه فصح وقفه على اجازته كالوصية بزيادة على الثلث

ووجه الرواية الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني مالا يملك لانه ذكره جوابا له حين سأله انه يبيع الشيء ويضحي ويشتريه ويسلمه . ولا تفاقمنا على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع مالا يقدر على تسليمه فأشبه الطير في الهواء . فأما الوصية فتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها بحين حال وقوع العقد ويجوز فيها من الفرر مالا يجوز في البيع ، وحديث عروة نحملة على ان وكالته كانت مطلقة بدليل انه سلم وسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا

(مسئلة) (وان اشترى له في ذمته بغير إذنه صح فان أجازته من اشترى له ملكه وإلا لزم من اشتراه) إذا اشترى في ذمته لانسان شيئا بغير إذنه صح لانه متصرف في ذمته لا في مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الغير أو لا لأن الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا انه اذا اشترى ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل ، وان خرج مفصوباً لم يطل العقد وانما وقف الأمر على اجازة الآخر لانه قصد النماء له فان أجازته لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه (فصل) وإن باع ساعة وصاحبها حاضر ساكت فحكمه حكم مالو باعها بغير إذنه في قول الاكثرين منهم أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي قال ابن أبي ليلى سكوتة اقرار لانه يدل على الرضا كسكوت البكر في الاذن في الكاح . ولنا ان السكوت محتمل فله يكن إذنا كسكوت الثيب ، وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك موجوداً هاهنا

(مسئلة) (ولا يجوز بيع مالا يملكه لمضي وبشتره ويسلمه رواية واحدة)

وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم ان الرجل يأثني بيلمس من البيع ما ليس عندي فأمضي الى السوق فاشتره ثم أبيع منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » حديث حسن صحيح ولانه يبيع مالا يقدر على تسليمه أشبه بيع الطير في الهواء

بالتصريح بالرضا ولا يصح لأن هذا يتضمن إجازة البيع ويدل على الرضا به فبطل به الخيار كصريح القول ولأن التصريح إنما أبطل الخيار لدلالته على الرضا به فإدله على الرضا به يقوم مقامه ككنايات

(مسئلة) (ولا يجوز بيع ما فتح عنوة ولم يقسم كأرض الشام والعراق ومصر ونحوها إلا المساكن وأرضاً من العراق فتحت صلحاً وهي الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا لأن عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين وأقرها في أيدي أربابها بالخراج الذي ضربه أجرة لها في كل عام ولم تقدر مدتها لعموم المصلحة فيها)

لا يجوز بيع شيء من الأرض الموقوفة ولا شراؤه كأرض الشام ونحوها في ظاهر المذهب وقول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عباس وعبدالله بن عمرو رضي الله عنهم ، وروي ذلك عن عبد الله ابن مغفل وقبيصة بن ذؤيب وميمون بن مهران والأوزاعي ومالك وأبي اسحاق الفزاري . قال الأوزاعي لم تزل أئمة المسلمين ينهون عن شراء أرض الجزية ويكرهه علماءهم ، وقال : أجمع رأي عمر وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهروا على أهل الشام على أقرار أهل القرى في قراهم على ما كان بأيديهم من أرضهم يعمرونها ويؤدّون خراجها إلى المسلمين ويرون أنه لا يصلح لأحد من المسلمين شراء ما في أيديهم من الأرض طوعاً ولا كرهاً وكرهوا ذلك لما كان من إيقاف عمر وأصحابه الأرضين المحبوسة على آخر هذه الأمة من المسلمين لا تباع ولا تورث قوة على جهاد من لم يظهر عليه بعد من المشركين ، وقال الثوري إذا أقر الإمام أهل العنوة في أرضهم توارثوها وتبايعوها ، وروي نحو هذا عن ابن سيرين والقرظي ، لما روى عبد الرحمن بن زيد أن ابن مسعود اشترى من دهقان أرضاً على أن يكفيه جزيتها ، وروي عنه أنه قال : هي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبر (١) في الأهل والمال ، ثم قال عبد الله وكيف بمال بزاذان وبكذا وكذا ؟ وهذا يدل على أن له مالا بزاذان ولاها أرض لهم فيجاز بيعها كأرض الصلح ، وقد روي عن أحمد أنه قال : كان الشراء أسهل يشتري الرجل ما يكفيه ويغنيه عن الناس وهو رجل من المسلمين وكره البيع ، قال شيخنا وإنما رخص في الشراء والله أعلم لأن بعض الصحابة اشترى ولم يسمع عنهم البيع ، ولأن الشراء استخلاص للأرض ليقوم فيها مقام من كانت في يده والبيع أخذ عوض عما لا يملكه ولا يستحقه فلا يجوز

ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا أراضيهم . وقال الشعبي اشترى عتبة بن فرقد أرضاً على شاطيء الفرات ليتخذ فيها قصراً فذكر ذلك لعمر فقال ممن اشتريتها ؟ قال من أربابها ، فلما اجتمع المهاجرون والانصار قال هؤلاء أربابها فهل اشتريت منهم شيئاً ؟ قال لا ، قال فارددها إلى من اشتريتها منه وخذ مالك . وهذا قول عمر في المهاجرين والانصار بمحض سادة الصحابة وأئمتهم فلم ينكر فكان إجماعاً ولا سبيل إلى وجود إجماع أقوى من هذا وشبهه إذ لا سبيل إلى نقل قول جميع الصحابة في مسألة ولا إلى نقل قول العشرة ولم يوجد الإجماع إلا القول المنتشر ، فإن قيل فقد خالفه ابن مسعود بما ذكر عنه . قلنا لانسل الخالفة وقولهم اشترى قلنا المراد به أكثرى كذا قال أبو عبيد ، والدليل عليه قوله على أن يكفيه جزيتها ولا يكون مشترياً لها وجزيتها على غيره وقد روى عنه القاسم أنه قال : من أقر بالطسق فقد أقر بالصغار والذل وهذا يدل على أن الشراء هنا الأكثراء وكذلك كل من رويت عنه الرخصة في الشراء محمول

الطلاق تقوم مقام صريحه ، وان عرضه على البيع أو باعه بيعاً فاسداً أو عرضه على الرهن أو غيره من التصرفات أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره لان ذلك يدل على الرضا به . قال أحمد . اذا

على ذلك ، وقوله فكيف بال بزاذان ليس فيه ذكر الشراء ، ولان ائمال الارض فيحتمل أنه أراد من السائمة أو الزرع أو نحوه ، ويحتمل أنه أراد أرضاً اكترها وقد يحتمل أنه أراد بذلك غيره وقد يعيب الانسان الفعل المعيب من غيره

(جواب ثان) أنه يتناول الشراء وبقي قول عمر في النهي عن البيع غير معارض ، فأما المعنى فلا أنها موقوفة فلم يحز بيعها كسائر الوقوف والدليل على وقفها النقل والمعنى أما النقل فما نقل من الاخبار أن عمر لم يقسم الارض التي افتتحها وتركها لتكون مادة للمسلمين الذين يقاتلون في سبيل الله إلى يوم القيامة وقد نقلنا بعض ذلك وهو مشهور نفي شهرته عن نقله

وأما المعنى فلا أنها لو قسمت لكانت للذين افتتحوها ثم لورثته (١) ولم انتقلت اليه عنهم ولم تكن مشتركة بين المسلمين ، ولانه لو قسمت لنقل ذلك ولم يخف بالكلية فان قيل فهذا لا يلزم منه الوقف لانه يحتمل أنه تركها للمسلمين عامة فتكون فيثا للمسلمين والامام نائبهم فيفعل ما يرى فيه المصلحة من بيع وغيره ، ويحتمل أنه تركها لاربابها كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بمكة ، قلنا أما الاول فلا يصح لان عمر انما ترك قسمتها لتكون مادة للمسلمين كلهم ينتفعون بها مع بقاء أصابها وهذا معنى الوقف ، ولو جاز تخصيص قوم بأصابها لكان الذين افتتحوها أحق بها ولا يجوز أن يمنعها أهلها لمفسدة ثم يخص بها غيرهم مع وجود المفسدة المانعة والثاني أظهر فساداً من الاول لانه اذا منعها المسلمين المستحقين كيف يخص بها أهل الذمة المشركين الذين لا حق لهم ولا نصيب ؟

(فصل) واذا بيعت هذه الارض فحكم بصحة البيع خاكم صح لانه مختلف فيه فصح بحكم الحاكم كسائر الاختلافات ، وإن باع الامام شيئاً لمصلحة رآها مثل أن يكون في الارض ما يحتاج إلى عمارته ولا يعمرها الا من يشتريها صح أيضاً لان فعل الامام كحكم الحاكم ، وقد ذكر ابن عاثر في كتاب فتوح الشام قال : قال غير واحد من مشايخنا إن الناس سألوا عبد الملك والوليد وسليمان أن يأذنوا لهم في شراء الارض من أهل الذمة فأذنوا لهم على ادخال أثمانها في بيت المال ، فلما ولي عمر بن عبد العزيز عرض عن تلك الاشربة لاختلاط الامور فيها لما وقع فيها من الموارث ومهور النساء وقضاء الديون ولما لم يقدر على تحليله ولا معرفة ذلك كتب كتاباً قريء على الناس : إن من اشترى شيئاً بعد سنة مائة إن يبعه مردود . وتسمى سنة مائة سنة المدة فتناهى الناس عن شرائها ثم اشترى اشربة كبيرة كانت بأيدي أهلها تؤدي العشر ولا جزية عليها ، فلما أفضى الامر إلى المنصور ورفعت اليه تلك الاشربة وأن ذلك أضر بالخراج وكسره فأراد ردها إلى أهلها فقبل له فد وقعت في الموارث والمهور واختلط أمرها . فبعث المعدلين منهم عبد الله بن يزيد إلى حمص ، واسماعيل بن عباس إلى بعلبك ، وهضاب بن طوق وحرز ابن زريق إلى القيوطة ، وأمرهم أن لا يضعوا على القطائع والاشربة القديمة خراجاً ومنعوا الخراج على ما بقي بأيدي الانباط وعلى الاشربة المحدثه من سنة مائة إلى السنة التي عدل فيها فعلى هذا ينبغي أن يجزي ما باعه امام أو بيع باذنه أو تعذر بيعه هذا المجزي . في أن يضرب عليه خراج بقدر ما يحتمله ويترك في يد مشتريه أو من انتقل اليه إلا ما يبيع قبل المائة سنة فانه لاخراج عليه كما نقل في هذا الخبر

(١) الظاهر أن تكون لورثتهم

اشتراط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لأنه وجب عليه حين عرضه ، وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (احدهما) لا يطل خياره . وقال أبو الصقر : قلت لاحمد رجل اشترى

(فصل) وحكم إقطاع هذه الارض حكم بيعها في أن ما كان من عمر رضي الله عنه أو ما كان قبل مائة سنة فهو لاهله وما كان بعد المائة ضرب عليه الخراج كما فعل المنصور إلا أن يكون بغير إذن الامام فيكون باطلا ، وذكر ابن عثمة في كتابه بإسناده عن سليمان بن عتبة أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد أظنه المنصور سأله في مقدمه الشام سنة ثلاث أو أربع وخمسين عن الارضين التي بأيدي أبناء الصحابة يذكرون أنها قطائع لا بأهلهم قديمة فقلت يا أمير المؤمنين إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم وانحائهم في عدو الله وعسكره في مرج بردان المرة إلى مرج شعبان حسي بردا - مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها ليست لأحد منهم فأقاموا بها حتى وطأ الله بهم المشركين قهراً ودلاً فاقتبأ كل قوم محلهم وهيشوا فيها بناء فرفع إلى عمر فأمضاه عمر لهم وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين قال فقد أمضيناه لهم ! وعن الاحوص بن حكيم أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها وعسكروا على نهر الاوند فأحيوه فأمضاه لهم عمرو وعثمان وقد كان أناس منهم تعدوا ذلك إلى حبس الاوند الذي على باب الربتين فمسكروا في برجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين ، فلما بلغهم ما أمضاه عمر للمعسكرين على نهر الاوند سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع فكتب إلى عمر فيه فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الربتين فلم تزل تلك القطائع على شاطئ الاوند وعلى باب حمص وعلى باب الربتين ماضية لاهلها لخراج عليها تؤدى العشر

(فصل) وهذا الذي ذكرناه في الارض المغلة ، أما المساكن فلا بأس ببيعها وشرائها وسكنائها ، قال أبو عبيد ماعلمنا أحداً كره ذلك وقد اقتصمت بالكوفة خططاً في زمن عمر رضي الله عنه بأذنه وبابصرة وسكنها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذلك الشام ومصر وغيرها من البلدان فما عاب ذلك أحد ولا أنكره

(فصل) وكذلك ما فتح صاعداً بشرط أن يكون لاهله كأرض الحيرة والليس وبانقيا وأرض بني صلوبا وما في معناها فيجوز بيعها لأنها ملك لاهلها فهي كالساكن وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها كأرض المدينة وشبهها فإنها ملك لاهلها يجوز بيعها لذلك

(مسألة) (وتجاوز اجارتها) لأنها مستأجرة في أيدي أربابها واجارة المستأجر جائزة على ما ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى (وعن أحمد أنه كره بيعها) لما ذكرنا (وأجاز شراءها) لأنه كالاتقاضيها فجاز كشرائها الاسير ، ولأنه قد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم على ما ذكرنا في المسألة التي قبلها ، وإذا قلنا بصحة الشراء فإنها تكون في أيدي المشتري على ما كانت في يد البائع يؤدي خراجها ويكون معنى الشراء ههنا نقل اليد من البائع إلى المشتري بعوض إلا ما كان قبل مائة سنة أو ما كان من إقطاع عمر رضي الله عنه على ما ذكرناه ، فإن اشتراها وشرط الخراج على البائع كما فعل ابن مسعود فهو كراء لا شراء وينبغي أن يشترط بيان مدته كسائر الاجارات

(مسألة) (ولا يجوز بيع رباة مكة ولا إجارته) (ولا يجوز ذلك)

جارية وله الخيار فيها يومين فانطلق بها ففسلت رأسه أو غمزت رجله أو طحنت له أو خبزت هــل يستوجبها بذلك ؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره . قلت فان مشطها أو خضبها أو حفها هــل يستوجبها بذلك ؟ قال قد بطل خياره لانه وضع يده عليها وذلك لان الاستخدام لا يختص الملك

اختلف الرواية في بيع رباع مكة واجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه اسحاق لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لا تباع رباعها ، ولا تتركى بيوتها » رواه الاثرم ، وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام بيع رباعها حرام اجارتها » رواه سعيد بن منصور في سننه وروي أنها كانت تدعى السواثب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولائها فتحت عنوة ولم تقسم فصارت موقوفة فلم يجز بيعها كسائر الارض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها

ودليل أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين وانما لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ، وانما حلت لي ساعة من نهار » متفق عليه . وروى أم هانئ أنها قالت أجرت حمون لي فأراد علي قتلها فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله : إني أجرت حمون لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها فقال النبي صلى الله عليه وسلم « قد أجرنا من أجرت وأمننا من أمنت » متفق عليه . وكذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل أربعة فقتل منهم ابن خطل ومقيس بن ضبابة فدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز ذلك روي ذلك عن طاوس وعمرو بن دينار وهو قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له أين تنزل غدًا قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه ، يعني أن عقيل باع رباع أي طالب لانه ورثه دون اخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئاً ولان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لهم دور بمكة كأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم ، وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال له ابن الزبير بعت مكرمة قريش فقال يا ابن أخي ذهبت المكارم إلى التقوى أو كما قال ، واشترى معاوية منه دارين ، واشترى عمر رضي الله عنه دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان اجباعا ، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم اليهم فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابها فهو آمن » وأقرهم في دورهم ورباعهم ولم ينقل أحداً عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى ان عمر مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار للسجن لم يأخذها إلا بالبيع . ولانها أرض سبية لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الارض وما روي من الاحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف . وأما كونها فتحت عنوة فهو صحيح لا يمكن دفعه الا أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فبذل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وابناءهم (١) وعلى القول الاول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به يسكنه ويمكثه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته . ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الاجرة فيه . وان احتاج إلى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه . وكان أبو عبد الله اذا سكن أعطاهم أجرتها . فان سكن بأجرة جاز أن لا يدفع اليهم الاجرة ان امكنه لانهم لا يستحقونها . وقد روي ان سفيان سكن

(١) كان الاولى أن يقول كما اعتقدهم بقوله « أنتم الطلقاء »

ويراد لتجربة المبيع فأشبهه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها لشهوة. ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته. وإن قبلت الجارية

في بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم اجرة فأدركوه فأخذوها منه، وذكر لأحمد فعمل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل وهذا الخلاف في غير مواضع المناسك. أما بقاع المناسك كوضع المسعى والرمي فتحكه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع ابنية الوقوف وانقاضها، وإن كانت من تراب الحرم وحجارتها انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة لأنها تابعة لها وهكذا تراب كل وقف وانقاضه. قال أحمد وأما البناء بمكة فإني أكرهه قال إسحاق البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له لا تبني لك بمكة يعني بيتا فقال «منى مناخ من سبق».

(مسئلة) ولا يجوز بيع كل ماء عد كماء العين وتقع البئر ولا ما في المعادن الجارية من القار والملح والنفط ولا ما ينبت في أرضه من الكلأ والشوك ومن أخذ منه شيئا ملكه

الأنهار التابعة في غير ملك كالأنهار الكبار لا تملك بحال ولا يجوز بيعها، ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه وملكه، إلا أن يحتقر منه ساقية فيكون أحق بها من غيره، وأما ما ينجم في ملكه كالبر والعين المستتبطة بنفس النهر وأرض العين بملوكة لملك الأرض فالأرض التي فيها غير مملوكة في ظاهر المذهب لأنه يجري من تحت الأرض فأشبه الماء الجاري في النهر إلى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر يملك لأنه ماء الملك. وقد روي عن أحمد نحو ذلك فإنه قيل له في رجل له أرض ولا آخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع يكون بينهما؟ فقال لا بأس باختياره أبو بكر وهذا يدل من قوله على أن الماء مملوك لصاحبه، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك كالقار والنفط والموميا والملح، وكذلك الحكم في الكلأ والشوك النبات في أرضه فكذلك كله يخرج على الروايتين في الماء، والصحيح أن الماء لا يملك فكذلك هذه وجواز بيع ذلك مبني على ملكه قال أحمد: لا يعجنني بيع الماء البتة وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه الحصر فجاء يوم ولا احتاج إليه أكرهه بدرهم؟ قال ما أدري أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهي عن بيع الماء قيل له أنه ليس ببيعه إنما يكرهه قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأبي شيء هذا إلا البيع؟ روى الأثرم بإسناده عن جابر وإياس بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء وروى أبو عبيد والأثرم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «استلمون شركاء في ثلاث في النار والكلأ والماء» فإن قلنا يملك جاز بعه وإن قلنا لا يملك فصاحب الأرض أحق به من غيره لكونه في ملكه فإن دخل غيره بغير إذنه فأخذه ملكه لأنه يباح في الأصل فأشبهه مالو عشش في أرضه طائر أو دخل إليها صيد أو نضبت عن سمك فدخل إليها فأخذه

(مسئلة) (إلا أنه لا يجوز له الدخول إلى ملك غيره بغير إذنه) لأنه تصرف في ملك الغير بغير

المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب يحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمتعه لان اقراره لها على ذلك يجري مجرى استماعه بها ، وقال أبو حنيفة ان قبلته لشهوة بطل خياره

اذنه اشبه ما لو دخل لغير ذلك (وعنه يجوز بيعه) وهذا مبني على انه يملك وقد ذكرناه (فصل) والخلاف في بيع ذلك انما هو قبل حيازته . فاما ما يحوزه من الماء في انائه . او يأخذه من الكلا في حبله او يحوزه في رحله او يأخذه من المعادن فانه يملكه بذلك بغير خلاف بين اهل العلم فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يأخذ أحدكم جبلاً فيأخذ حزمة من حطب فيبيعها فيكف بها وجهه خير له من أن يسأل الناس أعطي أو منع » رواه البخاري ، وقد روى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء الا ما حمل منه . وعلى ذلك مضت العادة في الامصار ببيع الماء في الروايا والحطب والكلا من غير تكير وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ الا باذن مالكة لانه ملكه . قال أحمد : إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره ويجوز بيع البئر نفسها والعين ومشتريها أحق بئها ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة ؟ » أو كما قال فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بامر النبي صلى الله عليه وسلم وسبها للمسلمين ، وروى أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر ألفاً ثم قال لليهودي اختر اما أن تأخذها يوماً وأخذها يوماً ما أن تنصب لك عليها دلواً وأنصب عليها دلواً فاختر يوماً ويوماً فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشتر بثمانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسجيلها وملك ما يسقيه منها وجواز قسمة ماها بملكها بائة وكون مالكم أحق بملكها وجواز قسمة ما فيه حق وليس بملك

(فصل) فاما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها قالوا ولي أنه يملك ماؤها ويصح بيعه اذا كان معلوماً لأنه مباح حصله بشيء معد له كالصيد يحصل في شبكة والسمك في بركة معدة له ولا يحصل أخذ شيء منه بغير اذن مالكة وكذلك إن جرى من نهر غير مملوك ماء إلى بركة في أرضه يستقر الماء فيها لا يخرج منها فحكمه حكم مياه الأمطار تجتمع في البركة قياساً عليه والله أعلم . (فصل) إذا اشترى ممن في ماله حلال وحرام كالسلطان الظالم والمرابي فان علم أن المبيع من حلال فهو حلال وان علم أنه من الحرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لأن الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه ، فان لم يعلمه من أيها هو كره لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لا يمكن الحلال سواء قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة ، وبقدر قلة الحرام أو كثرته تكثر الشبهة وتقل . قال احمد لا يعجبني أن يأكل منه وذلك لما روى النعمان بن بشير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فان اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في المشبهات وقع في الحرام كالراعي يرعى حول الحمى يوشك أن يرتع فيه الا وان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه » متفق عليه واللفظ لمسلم ولفظ البخاري « فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان اتركه ومن اجترأ على ما يشك فيه من المأثم أو شك أن يوافقه ما استبان » وروى الحسن بن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « دع ما يريبك الى ما لا يريبك » وهذا مذهب الشافعي (فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلدة فيها مجوس وعبدة أوثان

لأنه استمتاع يختص الملك فإبطال خياره كقبليته لها ، ولنا أنها قبلة لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما نوقبت البائع ولأن الخيار له لآهال فلو الزمناه بفعلها لآزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه وفارق ما

يذهبون فلا يجوز شراؤها وإن جاز أن تكون ذبيحة مسلم لأن الأصل التحريم فلا يجوز إلا بيقين أو ظاهر وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين والمجوس لم يحز شراؤها لذلك والأصل فيه حديث عدي بن حاتم « إذا أرسلت كلبك نخالط أكلها لم يسم عليها فلا تأكل فانك لا تدري أيها قتله » متفق عليه . فاما إن كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر إباحها لأن المسلمين لا يقرون في بلدهم ببيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (الثاني) ما أصله الإباحة كالماء بجده متغيراً لا يعلم بنجاسة تغيره أو غيرها فهو طاهر في الحكم لأن الأصل الطهارة فلا يزول عنها إلا بيقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منها ، والأصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد رضي الله عنه قال شقي إلى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخجل إليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال « لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً » متفق عليه (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرناه وعملاً بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمر ساقطة فقال « لولا أني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها » وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد لا يقبل جوائز السلطان ويشكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك . ومن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك ، وكان هذا منهم على سبيل الورع لأعلى أنها حرام فإن أحمد قال : جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين إلا وله في هذه الدراهم نصيب فكيف أقول إنها سحت ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم مثل الحسن والحسين وابن جعفر ورخص فيه الحسن البصري . ومكحول والزهري والشافعي . واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ومات ودرعه مرهونة عنده وأجاب يهودياً دعاه وأكل من طعامه وقد أخبر الله تعالى أنهم أكلون للسحت ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان فإن ما يعطيكم من حلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وإن أعطى نخذ فإن ما في يده المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرة دراهم حرام يتصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل . قيل له قال سفيان ما كان دون العشرة يتصدق به وما كان أكثر يخرج ؟ قال نعم لا يجحف به قال القاضي ليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على سبيل الاختيار لأنه كلما كثرت الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل إخراج الكل والواجب في الموضعين إخراج قدر الحرام والباقي له وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به فإذا أخرج عوضه زال التحريم كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلاً أو كثيراً ، والورع لإخراج ما يتيقن به لإخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه واقتصر على الواجب . ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له سوى الدراهم اليسيرة فيشق إخراجها لحاجته إليها ومنهم من يكون له كثير فيستغني عنها فيسهل إخراجها والله تعالى أعلم

إذا قبلها فانه وجد منه ما يدل على الرضا بها ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه فخيار البائع باق بحاله لان خياره لا يبطل برضا غيره الا أن يكون تصرف المشتري باذن البائع فانه يبطل خيارها

(فصل) (الخامس أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يجوز بيع الآبق ولا الشارد ولا الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا المنصوب الا من غاصه أو ممن يقدر على أخذه منه)

بيع العبد الآبق لا يجوز سواء علم بمكانه أو جهله وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبهها وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمها فيه واحداً وعن شريح مثله. ولنا ما روى أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصة وعن بيع الغرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولا يه غير مقدور على تسليمه فلم يجوز بيعه كالطير في الهواء فان حصل في يد إنسان جاز بيعه لا مكان تسليمه

(فصل) (ولا يجوز بيع الطير في الهواء مملوكاً كان أولاً اما المملوك فلانه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعتين عدم القدرة وعدم الملك لحديث أبي هريرة قيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسمك في الماء ولا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين كون الطائر بألف الرجوع أولاً بألفه لانه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر اذا عاد. فان قيل فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الغائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده الا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكة برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الواسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الغائب وأن باعه الطير في البرج نظرت فان كان البرج مفتوحاً لم يجوز لان الطير اذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فان كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه وقال القاضي أن لم يمكن أخذه الا بتعب ومشقة لم يجوز بيعه وهذا مذهب الشافعي. وهو ملغي بالبعد الذي لا يمكن إحضاره الا بتعب ومشقة، وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج اليها في احضاره بالعادة وتأخير التسليم مدته معلومة، والصحيح أن تفاوت المدة في احضار البعيد واختلاف المشقة أكبر من التفاوت في إمساك طائر من البرج، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فاذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى (فصل) (ولا يجوز بيع السمك في الآجام هذا قول أكثر أهل العلم وروى عن ابن مسعود انه

نهى عنه وقال إنه غرر وكرهه الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى، فان باعه في الماء جاز بثلاثة شروط أحدها أن يكون مملوكاً وان يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفة، وان يمكن اصطياده لانه مملوك معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كاللوز في طست في الماء. وان اختلف شرط مما ذكرنا لم يجوز بيعه لفوات الشرط وروى عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجمة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لانه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج الى مؤنة في الكيل أو الوزن والنقل. ولنا قول ابن مسعود وابن عمر لا تشتروا السمك في الماء لانه غرر ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وهذا منه ولانه لا يقدر على تسليمه الا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء ولانه مجهول أشبه اللبن في الضرع ويفارق ما قاسوا عليه، لان ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج الى مؤنة ليتمكن قبضه، فاما ان كانت له بركة له فيها سمك

معا لوجود الرضا منهما بإبطاله : وان تصرف البائع في المبيع بما يفترق الى الملك كان فسخا لبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لما ذكرناه في المشتري ولانه أخذ المتعاقدين تصرفه في المبيع اختيار له

يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع المشاهدة صح يبعه على ما ذكرناه وان لم يمكن الا بكلفة ومشقة وكانت بسيرة بمنزلة اصطياذ الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرناه من الخنزف وان كانت كثيرة تتناول المدة فيه لم يحجز يبعه للعجز عن تسليمه في الحال والجهل بإمكان التسليم (فصل) ولا يجوز بيع المنصوب لعدم امكان تسليمه فان باعه لغاصبه أو لقادر على أخذه منه جاز لعدم الضرر فيه ولا مكان قبضه ، وكذلك ان باع الا بقى لقادر عليه صح كذلك وان ظن انه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع فان عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لان العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه وثبت له الفسخ للعجز عن القبض فهو كما لو باعه فرسا فشردت قبل تسليمها أو غائبا بالصفة فمعجز عن تسليمه

(فصل) (السادس) أن يكون معلوما برؤية أو صفة يحصل بها معرفته فان اشترى ما لم يره ولم يوصف له أو رآه ولم يعلم ماهو أو ذكر له من صفته ما لا يكفي في السلم لم يصح البيع وعنه يصح وللمشتري خيار الرؤية) اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته فالمشهور عنه انه لا يصح يبعه وبهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والاوزاعي ومالك واسحاق وهذا أحد قولي الشافعي . وفيه رواية أخرى انه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي واحتج من أجاز به عموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) وبما روي عن عثمان وطلحة أنهما تبايما داربهما أحدهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبت فقال ما ابالي أي بعت ما لم أره . وقيل لطلحة فقال لي الخيار لا تني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما الى جبير فجعل الخيار لطلحة . وهذا اتفاق منهم على صحة البيع ولانه عقد معاوضة فلم تقتصر صحته الى رؤية العقود عليه كالنكاح . ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر رواه مسلم ، ولانه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع النوى في التمر ، ولانه يبيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بما ذكرناه من الاصل ، وأما حديث عثمان وطلحة فيحتمل أنهما تبايما بالصفة ومع ذلك فهو قول صحابي وقد اختلف في كونه حجة ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والنكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بتركه ولا يدخله شيء من الخيارات ، وفي اشراط الرؤية مشقة على الحذر والاضرار بهن ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالنكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع . فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار اذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح قلنا : هذا يرويه عمر بن ابراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه فعلى هذا بشرط رؤية ماهو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوهما ، فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب فان قلنا بصحة بيع الغائب فللمشتري الخيار في أشهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة ويثبت الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فان اختار الفسخ انفسخ العقد وان لم يختر لم يفسخ لان الخيار خيار الرؤية فوجب أن يكون عندها وقيل يتقيد بالمجلس وان اختار الفسخ قبل (المغني والشرح الكبير) (٤) (الجزء الرابع)

كالشعري وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يفسخ البيع بذلك لأن الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه

فصل (وينتقل الملك الى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين

الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وان اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولأنه يؤدي الى الزام العقد على المجهول فيفضي الى الضرر وكذلك لو تبايعا على أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط كذلك. وهل يفسد به البيع؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع (فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من المتعاقدين وان قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فباع ما لم يره فله الخيار عند الرؤية، وان لم يره المشتري فليسك منها الخيار وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا خيار للبائع لحديث عثمان وطلحة ولا نتا لو أثبتنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار بدليل ما لو باع شيئاً على أنه معيب فبان غير معيب لم يثبت الخيار له

ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبهه المشتري. فأما الخبر فانه قول طلحة وجبر وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لان البيع يعتبر فيه الرضا منها فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا منها (مسئلة) (وان ذكر له من صفته ما يكفي في السلم أو رآه ثم عقدا بعد ذلك بزمان لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين ثم ان وجده لم يتغير فلا خيار له، وان وجده متغيراً فله الفسخ والقول في ذلك قول المشتري مع يمينه)

اذا ذكر له من صفات المبيع ما يكفي في صحة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعنه لا يصح حتى يراه لان الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ولنا أنه بيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم أن الصفة لا يحصل بها المعرفة فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي لا يختلف بها الثمن ظاهراً ولهذا اكتفي به في السلم ولأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية. وأما ما لا يصح السلم فيه فاما لم يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها. اذا ثبت هذا فانه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال ابن سيرين وأيوب ومالك والعبدي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام هذا العقد فأشبهه غير الموصوف ولاصحاب الشافعي وجهان كاللذهبيين، ولنا أنه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له خيار كالسلم فيه ولانه مبيع موصوف فلم يكن للعاقده فيه الخيار في جميع الاحوال كالسلم. وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لا تعرف صحته فان ثبت فيحتمل انه يسميه من يرى ثبوت الخيار فلا يحتاج به على غيره فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف بخلاف الصفة فلم يلزمه كالسلم فيه وان اختلفا في اختلاف الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لان الأصل براءة ذمته من الثمن فلم يلزمه ما لم يقربه أو يثبت ببينة او ما يقوم مقامها (فصل) والبيع بالصفة نوطان (احدهما) بيع عين معينة مثل أن يقول بعثك عبدي التركي ويدكر صفاته فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلقه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله، ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر (الثاني) بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بعثك عبداً تركياً ثم يستقصى صفات السلم فهذا في معنى السلم فتى سلم اليه عبداً على غير

كون الخيار لها أو لاحدهما أيهما كان وهذا أحد أقوال الشافعي وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي ، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لها أو للبائع وإن كان المشتري خرج عن ملك البائع فلم يدخل في ملك المشتري لأن البيع الذي فيه الخيار

ما وصف فرده أو على ما وصف فابده لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غير هذا فلم ينفسخ العقد برده كما لو سلم إليه في السلم غير ما وصف له فرده ولا يجوز التفريق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لأنه بيع في الذمة فلم يحز التفريق فيه قبل قبض أحد العوضين كالسلم وقال القاضي يجوز التفريق فيه قبل القبض لأنه يبيع حال فجاز التفريق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) فإن رأيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك بزمان لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم وحامد ولأن ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح ، ولنا أنه معلوم عندهما أشبه ما لو شهداه حال العقد والشرط أنما هو العلم والرؤية طريق العلم ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح نراد لحال العقد والاستيناق عليه فلماذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو بئياً داراً أو قفاً في بيت منها أو أرضاً ووقفاً في طرفها وتبايعاها صح بلا خلاف مع عدم المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لا اشترط رؤية جميعه ،

إذا ثبت ذلك فمتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزمه البيع ، وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لأن ذلك كحدوث العيب ، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به فأما إن عقدا البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لأنه مما لا يصح بيعه ، وإن كان يتغير فيها لم يصح بيعه أيضاً لأنه مجهول ، وكذلك إن كان الظاهر تغيره فإن كان يحتمل التغير وعدمه وليس الظاهر تغيره صح بيعه لأن الأصل السلامة ولم يعارضه ظاهر فيصح بيعه كما لو كانت الغيبة سيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي

(مسألة) (ولا يجوز بيع الحمل في البطن ، واللبن في الضرع ، والمسك في الفأرة ، والنوى في التمر) يبيع الحمل في البطن فاسد بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمعوا على أن يبيع الملائيق والمضامين غير جائز ، وأنما لم يحز يبيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) الجهالة فإنه لا تعلم صفته ولا حياته (واثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فإنه يقدر على الشروع في تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملائيق والمضامين ، قال أبو عبيد الملائيق ما في البطون وهي الاجنة ، والمضامين ما في أصلاب الفحول فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة وما يضربه الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد

إن المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور الحذب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الجر ، قال ابن الأعرابي الجر ما في بطن الناقة والجر الربا والجر القمار والمجر المحاقلة والمزابة

(فصل) وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع جبل الحيلة ومعناه نتاج النتاج قاله أبو عبيد وعن ابن عمر قال : كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى جبل الحيلة ، وجبل الحيلة أن تنتج

عقد قاصر فلم ينقل الملك كالمبة قبل القبض (والقول الثالث) للشافعي ان الملك موقوف مراعى فان امضيا البيع تبينا ان الملك للمشتري وإلا تبينا انه لم ينتقل عن البائع

الناقة ثم تحمل التي تتجنت فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم . رواه مسلم وكلا البيعين فاسد، أما الاول فلا نه بيع معدوم ، وإذا لم يحجز بيع الحمل فيبيع حمله أولى ، وأما الثاني فلا نه بيع الى أجل مجهول (فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع ، وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ونهيه عن ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد . وحكي عن مالك أنه يجوز أيا ما معلومة إذا عرف أحلاها لسقي الصبي كلبن الظئر وأجازه الحسن وسعيد بن جابر ومحمد بن مسلمة ، ولنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع رواء الخلال وابن ماجه، ولأنه مجهول الصفة والمقدار فأشبه الحمل ، ولأنه بيع عين لم تخلق فلم يصح كيبيع ما تحمل الناقة والمعدة في ذلك تختلف وأما لبن الظئر فأما جاز للحضنة لانه موضع حاجة

(فصل) ولا يجوز بيع المسك في الفأرة وهو الوعاء الذي يكون فيه . قال الشاعر :

إذا التاجر الهندي راح بفأرة من المسك راحت في مفارقهم تجري

فان فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهد لم يحجز بيعه للجهالة ، وقال بعض الشافعية يجوز لان بقاءه في فأرته مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاه رائحته أشبه مائاً كوله في جوفه، ولنا أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرورة وتبقى رائحته فلم يحجز بيعه مستورا كالدر في الصدف ومائاً كوله في جوفه اخراجه يفضي الى تلفه ، فالتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه على ما ذكره (فصل) ولا يجوز بيع النوى في التمر والبيض في الدجاجة للجهل بها ولا نعلم في هذا اختلافا ، فأما بيع الصوف على الظهر فالمشهور أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من الحديث ، ولأنه متصل بالحيوان فلم يحجز افراده بالعقد كأعضائه ، وعنه أنه يجوز بشرط جزءه في الحال لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الاعضاء لكونها لا يمكن تسليمها مع بقاء الحيوان سالما والخلاف فيه كالاخلاف في اللبن في الضرع ، فان اشتراه بشرط القطع وتركه حتى طال فحكه حكم الرطبة اذا طالت على ما ذكره في موضعه (مسألة) فأما بيع الاعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوما أو بالشم إن كان مشموما صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه بالصفة كالبصير وله خيار الخلف في الصفة) وهذا قال مالك وقال أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالبيع اما بحسه أو ذوقه أو وصفه وقال عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنسانا بالنظر اليه لزمه. وقال الشافعي لا يجوز الاعلى الوجه الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير فيه المبيع لانه مجهول الصفة عند الماعد فلم يصح كيبيع البيض في الدجاجة والنوى في التمر

ولنا أنه يمكن الاطلاع على المقصود ومعرفته فأشبه بيع البصير ، ولان اشارة الاخرس تقوم مقام عبارته فكذلك شم الاعمى وذوقه، فأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا (مسألة) (ولا يجوز بيع الملاسة)

وهو أن يقول بعتك ثوبي هذا انك متى لمسته فهو عليك بكذا أو يقول أي ثوب لمسته فهو لك بكذا (ولا يبيع المنابذة) وهو أن يقول أي ثوب نبذته الي فهو علي بكذا (ولا يبيع الحصة) وهو أن يقول ارم هذه الحصة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وقوله « من باع نخلاً بعد أن تؤبر فتمرت له للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه

فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بكذا أو يقول بعثك من هذه الأرض قدر ما تبلغ هذه الحصة إذا رميتها بكذا لانعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذه المبيعات ، واللامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمناذرة أن يقول أي ثوب نبذته إلي فقد اشتريته بكذا هكذا فسرهم أحد في الظاهر عنه ونحوه قال مالك والاوزاعي ، وفيما روى البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المناذرة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه ، ونهى عن الملامسة واللامسة لمس الثوب لا ينظر إليه . وروى مسلم عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل ، والمناذرة أن ينجذ كل واحد منهما ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه ، وعلى التفسير الأول لا يصح البيع فيهما لثنتين (أحداهما) الجاهلة (والثانية) كونه معلقاً على شرط وهو نبذ الثوب أو لمسه له ، وإن عقد البيع قبل نبذه ولمسه فقال بعثك ما لمسه من هذه الثياب أو ما أنبذه إليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو قال بعثك واحداً منها .

فأما بيع الحصة فقد روى مسلم عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصة واختلف في تفسيره ف قيل هو أن يقول أرم هذه الحصة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعثك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصة إذا رميتها بكذا ، وقيل هو أن يقول بعثك هذا بكذا على أني متى رميت هذه الحصة وجب البيع ، وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الفرر والجهل والله تعالى أعلم (مسألة) (ولا يجوز أن يبيع عبداً غير معين ، ولا عبداً من عبيد ، ولا شاة من قطع ، ولا شجرة من بستان ، ولا هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، ولا هذا القطيع إلا شاة غير معينة ، وإن استثنى معينة من ذلك جاز)

لا يجوز أن يبيع عبداً غير معين لانه مجهول ولانه غرر وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر ، ولا عبداً من عبيده سواء قلوا أو كثروا وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا باعه عبداً من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لان الحاجة تدعو إليه ، ولو كانوا أكثر لم يصح لانه يكثر الفرر ولنا انه مما يختلف أجزاؤه وقيمه فلا يجوز شراء بعضه غير معين ولا شاة كالاربعة ولانه لا يصح من غير شرط الخيار فلا يصح مع شرطه كالاربعة ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ويطل ما قالوه بالاربعة ، ولا يجوز بيع شاة من القطيع لأن شياهه القطيع غير متساوية القيمة فتكون مجهولة ولأن ذلك يفضي إلى التنازع ، وكذلك إن باع شجرة من بستان لا يصح لما ذكرنا ولأن فيه غرراً فيدخل في عموم النهي عن بيع الفرر (فصل) (وإن باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين ، أو هذا القطيع إلا شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة يختارها ، ويبيع ثمرة حائط ويستثنى ثمرة نخلات بعدها

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثبائ إلا أن تعلم ، قال الترمذي هذا حديث صحيح ، ونهى عن بيع الفرر ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال إلا شاة مطلقة ولانه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعثك شاة تختارها من القطيع ، وضابط هذا الباب انه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه منفرداً أو يبيع

وهو عام في كل بيع ولأنه بيع صحيح فنقل الملك عقيب كالذي لا خيار له ولأن البيع تملك بدليل قوله ملكتك فثبت به الملك كسائر البيع ، يحققه أن التملك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه

ماعداه منفردا عن المستثنى ونحوه مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سوا قاطب الشاة للآثر الوارد فيبقى فيما عداه على قضية الأصل ، فإن استثنى معينا من ذلك جاز لأن المبيع معلوم بالمشاهدة لكون المستثنى معلوما ولا يبقى فيه غرر ولأن نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم يدل على الصحة إذا كانت معلومة ولا نعلم في هذا خلافا

(مسألة) (وإن باع قفيزا من هذه الصبرة صح) لأنه معلوم لكون أجزائها لا تختلف فلا تقضي إلى الجهالة ، وكذلك إذا باعه رطلا من دن أو من زبرة حديد يصح لذلك ، وحكي عن داود أنه لا يصح لأنه غير مشاهد ولا موصوف . ولنا إن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح لأنه إذا شاهد الجميع فقد شاهد البعض (مسألة) (وإن باعه الصبرة الأقفزا أو ثمرة الشجرة إلا صاعا لم يصح وعنه يصح)

إذا باع صبرة واستثنى منها قفيزا أو أقفزة أو باع ثمرة بستان واستثنى منها صاعا أو أصعاً لم يصح في ظاهر المذهب ، روي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي واسحاق وإبي ثور وأصحاب الرأي . وفيه رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه ثنيا معلومة ولأنه معلوم أشبه إذا استثنى منها جزءاً مشاعاً . ووجه الأولى ما روى البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا ولأن المبيع أعما علم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا يدري كم يبق في حكم المشاهدة فلا يجوز ، ويخالف الجز فإنه لا يعتبر حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها ، وكذلك إذا باع ثمرة شجرة واستثنى أرطالا فالحكم فيه على ما ذكرنا . وقال القاضي في شرحه يصح لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سوا قاطب الشاة والصحيح ما ذكرناه ، وهذه المسئلة أشبه بمسئلة استثناء الصاع من الحائط والمعنى الذي ذكرناه ثم متحقق هاهنا

(فصل) فإن استثنى من الحائط شجرة بعينها جاز لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى الجهالة في المستثنى منه ، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يصح لأن المستثنى مجهول . وقال مالك يصح أن يستثنى ثمرة نخلات يعدها وقد ذكرناه ، وقد روي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القتيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينة بقدر طعام القتيان لأنه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم ، ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لزم أن يكون الباقي بمد ، مجهولاً فلم يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام القتيان

(فصل) وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعاً كثلث أو أربع أو أجزاء كثلثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو بكر وإبن أبي موسى لا يجوز ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو استثنى شجرة بعينها وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثها ، وإن باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز ومنع منه القاضي قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح أفراده بالبيع وهذا معلوم يصح أفراده بالبيع

لفظه والشرع قد اعتبره وقضى بصحته فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه ، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه كما لو باع عرضاً بعرض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيماً ، وقولهم انه قاصر غير صحيح

فصح استثناءه كالشجرة المينة ، وقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فعلى هذا بصيراث شريكين فيه للمشتري ثلثاه وللبيع ثلثه

(نصل) وإذا قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم ولا يفضي إلى جهالة ، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكانه قال بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ، وإن قال إلا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم يكون الربع وأكثر وأقل فيكون مجهولاً فيسقط

(مسئلة) (وإن باعه أرضاً أجنبية أو جريباً من أرض يعلمان جرباً بها صح وكان مشاعاً فيها ولا لم يصح) إذا باعه أرضاً أجنبية يريد أن يبدل ذلك قدرأ غير مشاع لم يصح لأن الأرض لا تتساوى أجزاءها فيكون البيع مجهولاً فهو كما لو باعه شاة من قطيع أو عبداً من عبيد ، وإن كان الجريب المستثنى مشاعاً في الأرض وهما يعلمان جرباً بها لم يصح لأن المبيع غير معلوم فهو كما لو باع هؤلاء العبيد إلا واحداً غير معين وكذلك إن باعه جريباً من هذه الأرض إن أراد قدرأ غير مشاع لم يصح ، وإن باعه مشاعاً وهما يعلمان جرباً بها صح ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لأن الجريب عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا أن الجريب من عشرة عشرها ولو قال بعتك عشر هذه الأرض صح فكذلك إذا باعه منها جريباً مشاعاً وهي عشرة . وما قالوه غير مسلم لأنه عبارة عن قدر كما أن السكيات عبارة عن قدر فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءاً منها ، وإن كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن يكون معيناً ولا مشاعاً ، وإن قال بعتك من الأرض من هنا إلى هنا جاز لأنه معلوم ، وإن قال عشرة أذرع ابتداءً من هنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لأن الموضع الذي ينتهي إليه الذرع لا يعلم حال العقد ، وإن قال بعتك نصيب من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه أو قال نصيباً منها أو سهماً لم يصح للجهالة وإن علمه صح ، وإن قال بعتك نصف داري بما يلي دارك لم يصح نص عليه لأنه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولاً

(فصل) وحكم الثوب حكم الأرض إلا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا صح فإن كان القطع لا ينقصه قطعه ، وإن كان ينقصه وشرط البائع أن يقطع له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز ، وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الأرض ، وقال القاضي لا يصح لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر أشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان ، ولنا أن التسليم يمكن ولحق الضرر لا يمنع التسليم إذا حصل الرضا فهو كما لو باعه نصف حيوان مشاعاً وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكن تسليمه مفرداً إلا باتلافه وإخراجه عن المالة

(مسئلة) (وإن باعه حيواناً مأكولاً الرأس أو جلده أو أطرافه صح وإن استثنى حمله أو شحمه لم يصح) إذا باعه حيواناً مأكولاً واستثنى رأسه أو جلده أو أطرافه صح نص عليه أحمد رحمه الله وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد والسواقط فحوز له شراء اللحم دونها . وقال

وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك كييع المبيع وأمتناع التصرف إما كان لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالرهون والمبيع قبل القبض ، وقولهم إنه يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لأنه يفضي الى وجود ملك لأمالك له وهو محال ويفضي أيضاً الى ثبوت

أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لأنه لا يجوز افراده بالمبيع فلم يجز استثناءه كالحمل ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم وهذه معلومة ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر الى المدينة ومعه أبو بكر وطامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه شاة وشرطاله سلبها ، وروى أبو بكر في الشفاء بإسناده عن جابر عن الشعبي قال: قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروى يعني أن يعطى رأساً مثل رأس ، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كما لو باع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة ، وكونه لا يجوز افراده بالمبيع لا يمنع صحة استثناءه كما أن الثمرة قبل التأخير لا يجوز افرادها بالمبيع بشرط كشرط التبقية ويجوز استثناءها والحمل مجهول وفيه منع . فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يجبر ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقة وشرط ثنيها فقال اذهبوا إلى السوق فإذا بلغت أقصى أمقيس فاعطوه بحساب ثنيها من ثمنها

(فصل) فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه أحمد ، قال أبو بكر لا يختلفون عن أبي عبد الله أنه لا يجوز ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ، ولأنه مجهول لا يصح افراده بالمبيع فلم يصح استثناءه كمنعه ، وإن استثنى الحمل لم يصح الاستثناء لما ذكرنا وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري والشافعي ، ونقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي وإسحاق وأبو ثور لما روى نافع أن ابن عمر رضي الله عنهما باع جارية واستثنى مافي بطنها ، ولأنه يصح استثناءه في العتق فصح في البيع قياساً عليه . ولنا ما تقدم في الصحيح من حديث ابن عمر أنه أعتق جارية واستثنى مافي بطنها لأن الثقات الحفاظ حدثوا بالحديث فقالوا أعتق جارية والإسناد واحد . قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة في البيع لأن العتق لا يمنع الجهالة ولا العجز عن التسليم ، ولا تعتبره شروط البيع . (فصل) وإن باع جارية حاملاً بحر ، فقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لأنه يدخل في البيع فكأنه مستثنى . والأولى صحته لأن المبيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر لأنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ ، وقد يستثنى بالشرع ما لا يصح استثناءه باللفظ كما لو باع أمة مزوجة صح ووقعت منفعة البضع مستثناة بالشرع ولو استثنى بلفظه لم يجز ، ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع أو نخلة مؤبرة وقعت منفعتها مستثناة مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثنى بقوله لم يجز

(فصل) ولو باع سمياً واستثنى الكسب لم يجز لأنه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم فإنه غير معين ولا موصوف ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ، وكذلك إن باعه قطعاً ، واستثنى الحب لم يجز للجهالة ، وكذلك إن باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يجز لذلك (مسألة) ويجوز بيع مأمأ كوله في جوفه وبيع الباقل والجوز واللوز في قشره والحب المشتد في سنبله (ويجوز بيع ما مأ كوله في جوفه كالرمان والبيض والجوز لأنهم فيه خلافاً لأن الحاجة تدعو إلى بيعه كذلك لكونه يفسد إذا أخرج من قشره

المالك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري أو الى نقل ملكه عن البيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأتي ذلك ، وقول اصحاب الشافعي ان الملك موقوف ان امضيا البيع تبينا انه انتقل وإلا فلا غير صحيح أيضاً ، فان انتقال الملك انما ينبغي على سببه الناقل له وهو البيع وذلك

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والفسق والباقل والربط في قشره مقطوعاً وفي شجره وبيع الطلع قبل تشقيقه مقطوعاً وفي شجره وبيع الحب المشتد في سنبله ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع قشره الا على إلا في الطلع والسنبل في أحد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصالحة فيه فلم يجز يبعه كتراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلكه . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض وتؤمن العاهة ففهموه إباحة يبعه إذا بدا صلاحه وبيض سنبله ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته فجاز يبعه كالرمان والبيض والقشور الأسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فإنه لا قوام له في شجره إلا به ، والباقل لا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولأن الباقل يباع في أسواق المسلمين من غير تكبير وهذا إجماع ، وكذلك الجوز واللوز في شجرهما والحيوان المذبوح يجوز يبعه في سلكه فإنه إذا جاز يبعه قبل ذبحه وهو مراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة إذا جاز يبعها قبل كسرها فكذلك إذا كسرت ، وأما تراب الصاغة والمعادن فلذا فيها منه وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة في تراب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مسألتنا .

(فصل) (السابع) أن يكون الثمن معلوماً فإن باعه السلمة برقمها أو بألف درهم ذهباً وفضة أو بما ينقطع به السعر أو بما باع به لأن أو بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح البيع وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه يشترط أن يكون الثمن في البيع معلوماً عند المتعاقدين لأنه أحد العوضين فاشتراط العلم به كالأخر وقياساً على رأس مال السلم فإن باعه السلمة برقمها وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح البيع للجحالة فيه وكذلك إن باعه بألف درهم ذهباً وفضة لأنه مجهول ولأنه يبيع غرر فيدخل في عموم النهي عن بيع الغرر ، وإن باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لأن الإطلاق يقتضي التسوية كالأقرار ، ولنا أن قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة ذهباً وقوله إنه يقتضي التسوية ممنوع فإنه لو فسره بغير ذلك صح . وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما . وإن باعه بما ينقطع السعر به أو بما باع به فلان عبده وهما لا يعلمانه أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول ، وإن باعه بدينار مطلق وفي البلد نقود لم يصح لجحالاته وإن كان فيه نقد واحد انصرف إليه لأنه تعين بانقراذه وعدم مشاركة غيره ولهذا لو أقر بدينار أو أوصى به انصرف إليه .

(مسئلة) (وإن قال بعثك بمائة صحاح أو إحدى عشرة مكسرة أو بمائة نقداً أو عشرين

نسيئة لم يصح) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة وهذا هو كذلك فسرهم مالك والثوري وأصحاب ، وهذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يجز له بيع واحد أشبه ما لو قال بعثك أحد هذين ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا أو بالنسيئة بكذا فيذهب إلى أحدهما فيحتمل أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكان المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا

لا يختلف بامضائه وفسخه فان امضاه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه اذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بمنع فان المنع لا يتقدم المانع كما ان الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ولان البيع

فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقداً كافياً فيقول كقول الجمهور ، فعلى هذا إن لم يوجد ما يدل على الإيجاب أو ما يقوم مقامه لم يصح لان ماضى من القول لا يصلح أن يكون إيجاباً . وقد روي عن أحمد أنه قال فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم أنه يصح فيتحمل أن لا يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن المقدّم يمكن أن يصح لكونه جهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه الا على احدى الصفتين فتعين الاجرة المسماة عوضاً فلا يفضي الى التنازع وهذا بخلافه

(مسئلة) (وان باعه الصبرة كل قفيز بدرهم والتوب كل ذراع بدرهم والقطيع كل شاة بدرهم صح) إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم صح وان لم يعلم قدر قفزاتها حال العقد وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويطل فيما سواه لان جملة الثمن مجهولة فلم يصح كييع المتاع بركه ، ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته إلى ما يعرف ببلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو كيل الصبرة فجاز كما لو باع مارأس ماله اثنان وسبعون لكل ثلاثة عشر درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا هنا ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح بالأصل المذكور وكذلك حكم التوب والارض والقطيع من الغنم إذا كان مشاهداً فباعه إياه كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وان لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة

(مسئلة) (وان باعه من الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من للتبويض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً)

ويحتمل أن يصح البيع بناء على قوله في الاجارة إذا أجره كل شهر بدرهم . قال ابن عقيل وهو الاشبه كالمسألة التي قبلها لان من وان أعطيت البعض فما هو بعض مجهول بل قد جعل لكل جزء معلوم منها ثمناً معلوماً فهو كما لو قال قفيزاً منها وكمسئلة الاجارة

(فصل) (وان قال بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أيزيده أم ينقصه . وان قال على أن أزيدك قفيزاً لم يجز لان القفيز مجهول . وان قال على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك هذه الصبرة وقفيزاً من هذه الاخرى بعشرة دراهم ، وان قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بعتك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ، ولو قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لافضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً وثمانين درهم وهما لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان . ولو قصد أني احط ثمن قفيز من الصبرة ولا احتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها . وان علما قدر قفزان الصبرة أو قال هذه عشرة أفقرة بعتكها كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعتك كل قفيز وعشرة بدرهم وان لم يعلم القفزان وجعله هبة لم يصح وان أراد أني لا احتسب

مع الخيار سبب يثبت الملك عقبيه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وان فسخ كييع المبيع وهذا ظاهر ان شاء الله (فصل) وما يحصل من غلات المبيع وعائنه المنفصل في مدة الخيار فهو للمشتري امضيا العقد

عليك بمن قفيز منها صح أيضا لانها لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن، ولو قال على أن أنقصك قفيزاً صح لان معناه بتك تسعة أفقرة بعشرة دراهم، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحد لا نه يحيز الشرط ولا يصح ما قاله لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي لا يفضي الى الجهالة . وما لا تتساوى أجزاؤه كالأرض والثوب والقطيع من الغنم فيه نحو من مسائل الصبرة . وان قال بتك هذه الأرض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف درهم صح اذا شاهده وان قال بتك نصفه أو ثلثه أو ربهه بكذا صح وان قال بتك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لا يصح لانه مجهول

(فصل) ويصح بيع الصبرة جزافا مع جهل المتبايعين بقدرها لا نعلم فيه خلافا وقد نص عليه أحمد ودل عليه حديث ابن عمر وهو قوله : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافا فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضه على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر فاكنتي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان نشره لا يشق ويختلف أجزاؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما شرى بأبلغ الطرق وهو الرؤية ، وكذلك لو قال بتك نصف هذه الصبرة أو جزءا منها معلوماً لان ما جاز بيع جملة جاز بيع بعضه كالحيوان ، قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا ان تكون الصبرة متساوية الاجزاء ، فان كانت مختلفة مثل صبرة بقال القرية لم يصح ، ويحتمل أن يصح لانه يشترى منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها وردئها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والتمنات في صحة بيعها جزافا ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عدها فأشبهه الرقيق والثياب

ولنا أنه معلوم بالمشاهدة أشبه التمنات والقرية والحلي ويطل بذلك ما قاله . وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم اذا شاهدهم ولم يعدم ، وكذلك الثياب اذا شرها ورأى جميع أجزائها

(فصل) فان كان البائع يعلم قدر الصبرة لم يجوز بيعها جزافا نص عليه أحمد وهو اختيار الحارثي . وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة ، وبه قال مالك واسحاق وروي ذلك عن طائوس ، قال مالك لم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد رحمه الله أنه مكروه غير محرم فقد روى بكر بن محمد عن أبيه عنه أنه سئل عن الرجل يبيع الطعام جزافا وقد عرف كيله ، فقلت له وإن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يعلم المشتري فان اختار أن يردده رده قال : هذا تعليظ شديد ولكن لا يعجنني اذا عرف كيله إلا أن يخبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء . ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لأنه اذا جاز البيع مع جهلها بمقداره فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الاول ما روى الاوزاعي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبيعه جزافا حتى يبينه » قال القاضي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ولأن البائع لا يعدل الى البيع جزافا مع علمه بقدر الكيل الا للتغريب ظاهرأ وقد قل عليه السلام « من غشنا

أو فسخا ، قال أحمد فيمن اشترى عبدا فوهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري وقال الشافعي ان امضيا العقد وقتلنا الملك للمشتري أو موقوف فالنماء المنفصل له وان قلنا الملك للبائع

فليس منا « فصار كتدليس البيع فان باع ماعلم كيله صبرة فظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن الحكم ان البيع صحيح لازم وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأن المبيع معلوم لها ولا تغير من أحدهما أشبهه ماله علما كيله أو جهلاء ولم يثبت ماروي من النهي فيه ، وإنما كرهه أحد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولأن تسويتها في العلم أو الجهل أبعد من التغير . وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كمن اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وإن لم يعلم ان البائع كان غافا بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغرور من البائع فصح العقد معه وبثبت للمشتري الخيار ، وذهب بعض أصحابه الى أن البيع فاسد والنهي يقتضي الفساد (فصل) فان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله ثم البيع والقبض ، وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافا إن كان البيوع بائنا كاله عليه ، فان كان قدر حقه الذي أخبره فقد استوفاه ، وان كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصا أخذ النقص ، وان كان قد تلف فالقول قول القابض مع يمينه سواء قل القبض أو كثر لأن الاصل عدم القبض وبقاء الحق وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لأن للبائع فيه علة فانه لو زاد كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بغير كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق انه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فيتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجوز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، فان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافا ، فأما ان أعلمه بكيله ثم باعه إياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء زاد أو نقص لم يجوز لما روى الاثر من باسناد عن الحكم قال: قدم طعام لعثمان علي عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «أذهبوا بنا الى عثمان فعينه على طعامه» فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الغرارة كذا وكذا وأيعها بكذا وكذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد اذا أخبره البائع ان في كل فارورة منها كذا وطلا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجبني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون اذا فتح فسد . قال فلم لا يفتحون واحدة ويتركون الباقي

(فصل) ولو كال طعاما وآخر يشاهده فلن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل ثان لانه شاهد كيله أشبه ماله لو كيل له وعنه يحتاج الى كيل للخبر وكالبيع الاول ولو كاله البائع للمشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا ، ولو اشترى اثنان طعاما فاكثلاه ثم اشترى احدهما حصة شريكه قبل تفرقها فهو جائز ، وان لم يحضر المشتري الكيل لم يجوز الا بكيل . وقال ابن أبي موسى فيه رواية أخرى لا بد من كيله ، وان باعه الثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يحتج الى كيل ثان بنقله كالصبرة (فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فبعد في مكيل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك العيار لا يجوز . وقال في رجل ابتاع أعكماً كيلا وقال للبائع كل لي عكماً منها وأخذ ما بقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها . قال الثوري كان أصحابنا يكرهون هذا وذلك لان ما في

قائماً له ، وان فسخا المقد وقتنا الملك للبائع أو موقوف قائماً له وإلا فهو المشتري ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الحراج بالضمان » قال الترمذي هذا حديث صحيح . وهذا من ضمان المشتري فيجب أن

المعوم يختلف فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض ، والجوز يختلف فيكون في أحد المكيلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كما لا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزون بالكيل

(فصل) وان باع الادهان في ظروفها جملة وقد شاهدناها جاز لأن اجزاءها لا تختلف فهي كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والحل وسائر المائعات التي لا تختلف ، فان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلاً منه أو أرتالاً معلومة يعلم ان فيها أكثر منها أو باعه أجزاء مشاعة أو أجزاء أو باعه أياه مع الظرف بشرة دراهم أو بشمن معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثن ، وان لم يعلم ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي آخر زيت كل رطل بدرهم . وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرر . والاول أصح لان يبيع كل واحد منهما منفردا يصح كذلك ، فكذلك اذا جمعتهما كالأرض المختلفة الاجزاء والثياب وغيرها . فأما إن باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه اذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطل كان معناه بتك عشرة أرتال بانني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زتهما جميعاً أو زنة أحدهما كذلك

(فصل) وان وجد في ظرف الدهن رباً فقال ابن المنذر قال أحمد واستحاق ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سمن ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن وألزمه شرح بقدر الرب سمن بكل حال ، وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجد ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمن . ولنا أنه وجد المبيع بكيل ناقصاً فأشبهه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشترى على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة فانه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ، كذلك هذا فعلى هذا انما يأخذ الموجود بقسطه من الثمن ولا يلزم البائع أن يعطيه سمن سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضياً على اعطائه سمناً جاز

(فصل) وان باعه بمائة درهم إلا ديناراً لم يصح ذكره القاضي لانه قصد استثناء قيمة الدينار وذلك غير معلوم ، واستثناء المجهول من المعلوم يصيره مجهولاً ولانه استثناء من غير الجنس فلم يصح كما لو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة ويحيى على قول الحارثي انه يصح فيمن استثنى في الاقارعيناً من ورق أو ورقاً من عين فانه يصح ، فعلى هذا يحذف من الجملة بقيمة الدينار ، ولو قال بمائة إلا قفيزاً من حنطة لم يصح لانه استثناء من غير الجنس . فأما الذهب والفضة فهما كالجنس الواحد

(فصل في تفریق الصفقة) (وهو أن يجمع بين ما يجوز بيعه وبين ما لا يجوز) صفقة واحدة بشمن واحد (وله ثلاث صور) (إحداها) أن يبيع معلوماً ومجهولاً (كقولك بتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بكذا فهذا يبيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافاً لان المجهول لا يصح بيعه بمجهولته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لأن معرفته انما تكون بتقسيم الثمن عليها والمجهول لا يمكن تقويمه فيعذر التقسيط

يكون خراج له ولان الملك ينتقل بالبيع على ما ذكرنا فيجب أن يكون نكاحه له كما بعد انقضاء الخيار ويتخرج أن يكون النكاح المنفصل للبائع اذا فسخا العقد بناء على الرواية التي قلنا ان الملك لا ينتقل فأما النكاح المتصل فهو تابع للمبيع اذ انفسا العقد أو فسخاه كما يتبعه في الرد بالعيب والمقابلة

(الثانية) باع مشاعاً بينه وبين غيره بغير إذن شريكه كعبد مشترك بينهما أو ما ينقسم عليه الثمن بالاجزاء كقفيزين متساويين لما فيصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد في نصيب الآخر ، والثاني لا يصح فيها وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (احدهما) يفسد فيها (والثانية) يصح في الحرة . والوجه الاول قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي ، وقال في الآخر لا يصح وهو قول أبي نوري لأن الصفة جمعت حلالاً وحراماً فغلب التحريم ، ولأن الصفة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع العقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين ، ووجه الاول ان كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد حكمه كما لو باع شقصاً وسيفاً ولأن ما يجوز بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انقرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محله فامتنع حكمه في أحد المحلين لنبوته عن قبوله فيصح في الآخر كما لو وصى بشيء لا دمي وبهيمة . وأما الدرهمان والاختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وهذا بخلافه (فصل) ومتى حكمنا بالصحة ههنا وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة وإن لم يعلم مثل أن اشترى عبداً يظنه كله للبائع فبان أنه لا يملك إلا نصفه فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار له لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر إلى القبض فيهما فتلغ أحدهما قبل قبضه ، فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تعيب قبل قبضه ملك المشتري الفسخ به

(الثالثة باع عبده وعبد غيره بغير اذنه أو عبداً وحراً أو خلا وخمراً ففيه روايتان)

اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسألة فنقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبدين فوجد أحدهما حراً فأنها قيمة العبدین فأبطل الصداق فيهما جميعاً . وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما إلا ان يبيع مملوكه وملك غيره فيصح في مملوكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال ان كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو بإجماع كالحر والحر لم يصح العقد فيهما وإن لم يثبت بذلك فملكه وملك غيره صح فيما يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم ما لم يصح بيعه ، وقال أبو نوري لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ، ولان الثمن مجهول لأنه انما يبين بالتقسيم للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة بربحها أو بحصتها من رأس المال ، ولأنه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك إذا لم يصرح وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

وجه الرواية الأولى أنه متى سمي ثمناً في مبيع فتنقسط بهضه لا يوجب جهالة ثمنه الصحة كما لو وجد بعض المبيع معيماً فأخذ ارشه ، وإذا قلنا بالصحة فلمشتري الخيار اذا لم يكن عالماً كالقسم

(فصل) وضمان المبيع على المشتري اذا قبضه ولم يكن مكايلاً ولا موزوناً فان تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لانه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار ومؤنته عليه ، وان كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك فان اشترى حاملاً فولدت عنده في

اثنائي لتبعض الصفقة عليه والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع إلا أن الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا تؤثر جهالة العوض فيها (فصل) وإن وقع العقد على مكيل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي رواية واحدة سواء كانا من جنس واحد أو جنسين ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحاً فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكألو وجد أحد المبيعين معيماً فرده أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(مسئلة) (وإن باع عبده وعبد غيره بأذنه بثمن واحد فهل يصح ؟ على وجهين) (أحدهما) يصح فيهما ويتوسط الثمن على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كألو كانا لرجل واحد وكألو باعاً عبداً واحداً لهما (والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بتوسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك ينقسم عليه الثمن بالاجزاء فلا جهالة فيه ، فأما ان باع قفيزين متساويين له ولغيره بثمن واحد بأذنه صح لان الثمن يتوسط عليهما بالاجزاء فلا يفضي الى جهالة الثمن ، وكذلك ان باعه عبداً لهما بثمن واحد صح لما ذكرنا (مسئلة) (وان جمع بين بيع واجارة ، أو بيع وصرف فيها ويتوسط العوض عليهما في أحد الوجهين) اذا جمع بين عقدين مختلفي الحد كالبيع والاجارة والبيع والصرف بموض واحد صح فيهما لان اختلاف حكم العقد لا يمنع الصحة كألو جمع ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه ، وكذلك ان باع شيئاً بحلى بذهب وقضة ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان حكمهما مختلف وليس أحدهما أولى من الآخر فبطل فيهما فان البيع فيه خيار ولا يشترط فيه التقابض في المجلس ، ولا يفسخ العقد بتلف المبيع والصرف يشترط له التقابض ، وينفسخ العقد بتلف العين . وان جمع بين نكاح وبيع بموض واحد فقال زوجتك ابنتي وبعتك داري بمائة صح النكاح لكونه لا يفسد بفساد العوض وفي البيع وجهان وللشافعي قولان كالوجهين

(مسئلة) (وان جمع بين كتابة وبيع فكاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة مثل أن يقول بعتك عبدي هذا وكاتبك بمائة كل شهر عشرة بطل البيع وجهاً واحداً) لانه باع عبده لغيره فلم يصح كيحه اياه من غير كتابة وهل تبطل الكتابة ؟ ينبنى على روايتين في تفريق الصفقة (فصل) قال رضي الله عنه (ولا يصح البيع من تلزمه الجمعة بعد نداءها)

لا يحل البيع بعد نداء الجمعة قبل الصلاة لمن يجب عليه الجمعة لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله تعالى وذروا البيع) فان باع لم يصح البيع للتهي عنه . والنداء الذي يتعلق به المنع هو النداء عقيب جلوس الامام على المنبر لانه النداء الذي كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فتعلق الحكم به ، والنداء الثاني زيد في زمن عثمان رضي الله عنه ، وحكى القاضي رواية عن أحمد أن البيع يحرم

مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لانه مبيع حدثت فيه زيادة متصلة فلزمه رده بزيادته كما لو اشترى عشرين فسمن احدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يرد الولد لان الحمل لاحكم له

بزوال الشمس وان لم يجلس الامام على المنبر ، ولا يصح هذا لان الله تعالى علقه على النداء لا على الوقت ، ولان المقصود بهذا ادراك الجمعة وهو حاصل بما ذكر نادون مذكوره ، ولانه لو اختص تحريم البيع بالوقت لما اختص بالزوال فان ما قبله وقت أيضاً ، فأما من لا تجب عليه الجمعة من النساء والمسافرين وغيرهم فلا يثبت في حقه هذا الحكم وذكر ابن أبي موسى فيه روايتين لعموم النهي ، والصحيح ما ذكرنا ان شاء الله تعالى فان الله تعالى انما نهى عن البيع من أمره بالسعي فغير الخاطب بالسعي لا يتناوله الذي ، ولان تحريم البيع معلل بما يحصل به من الاشتغال عن الجمعة وهذا معدوم في حقهم ، فان كان المسافر في غير المصر أو كان مقبلاً بقرية لا الجمعة على أهلها لم يحرم البيع ولم يكره وجهاً واحداً ، فان كان أحدهما مخاطباً بالجمعة دون الآخر حرم على الخاطب وكره للآخر لما فيه من الاعانة على الاثم ، ويحتمل أن يحرم لقوله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان)

(مسألة) (ويصح النكاح وسائر العقود في أصح الوجهين كالاجارة والصلح ونحوهما وفيه وجه آخر أنه يحرم ولا يصح لأنه عقد معاوضة أشبه البيع . ولنا أن انهي مختص بالبيع وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي لقلة وجوده فلا يؤدي إلى ترك الجمعة فلا يصح قياسه على البيع)

(مسألة) (ولا يصح بيع العصير لمن يتخذه خمرأ ، ولا يبيع السلاح في الفتنة ولا لأهل الحرب ويحتمل أن يصح مع التحريم)

بيع العصير ممن يعتقد أنه يتخذه خمرأ محرم وكرهه الشافعي ، وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يصيره خمرأ محرم وانما يكره اذا شك فيه ، وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر ممن يتخذه مسكرأ ، قال الثوري به الحلال من شئت لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع يتم بأركانه وشروطه ، ولنا قول الله تعالى (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وهذا نهى يقتضي التحريم ، وقد روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد : إن الله لعن الخمر وعاصرها ومعتصرها ، وحاملها والمحمولة اليه ، وشاربها وبائعها ومبتاعها وساقياها ، وأشار إلى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرجه الترمذي من حديث أنس ، وقد روي هذا الحديث عن ابن عباس وان عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروي ابن بطة بإسناده عن محمد ابن سيرين أن قيسا كان لسعد بن أبي وقاص في أرض له ، وأخبره عن عتب أنه لا يصلح زيبياً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يعصره فأمره بقلعه وقال بشئ الشيخ أنا إن بعث الخمر ، ولانه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريد بها للمصيبة فأشبهه إجارة أمتة لمن يعلم أنه يستأجرها للزنا بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها صورة النزاع بدليلنا ، وقولهم يتم البيع بشروطه وأركانه قلنا لكن وجد المانع منه

إذا ثبت هذا فأنما يحرم البيع إذا علم البائع قصد المشتري ذلك إما بقوله أو بقرائن محتفة بقوله تدل عليه ، وان كان الامر محتملاً كمن لا يعلم حاله أو من يعمل الخمر معاً ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز . فان باعها لمن يتخذها خمرأ فالبيع باطل ويحتمل أن يصح ، وهو مذهب الشافعي

لأنه جزء متصل بالأم فلم يأخذ قسطاً من الثمن كأطرافها ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلاً يقسط عليه إذا كان متصلاً كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والرابع. والحكم في الأصل

لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله تعالى بها فلم يصح كاجارة الأمة للزنا والفناء، وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولأن التحريم هنا لحق الله تعالى فافسد العقد كييع الربا وفارق التدليس فإنه لحق آدمي (فصل) وهكذا الحكم في كل ما قصد به الحرام كييع السلاح في الفتنة أو لأهل الحرب أو لقطاع الطريق، وبيع الأمة للفناء أو اجارتها لذلك فهو حرام والعقد باطل لما قدمنا. قال ابن عقيل وقد نص أحمد على مسائل نبه بها على ذلك فقال في القصاب والحجاز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه، ومن يخرط الاقداح لا يبيعه لمن يشرب فيها ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء، وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلاً

(فصل) قال أحمد في رجل مات وخلف جارية مغيبة وولداً يتما وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعهما على أنها ساذجة فقليل له لهما تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً. فقال لا تباع الا على أنها ساذجة. ووجهه ما روى أبو امامة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أثمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه بعض أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل الفناء، فاما ما ليتهن الحاصلة بغير الفناء فلا تبطل كييع العصور لمن لا يتخذها خمرًا فإنه لا يحرم لصلاحيتها للخمر

(فصل) (ولا يجوز بيع الحمر ولا التوكل في بيعه ولا شراؤه) قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الحمر غير جائز، وعند أبي حنيفة يجوز للمسلم أن يوكل ذمياً في بيعها وشراؤها ولا يصح. فان عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الحمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « ان الله ورسوله حرم بيع الحمر والميتة والخنزير والاصنام فقليل يارسل الله أرايت شحوم الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال « لا، هو حرام » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فائد الله اليهود، ان الله تعالى حرم عليهم شحومها فجعلوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه » متفق عليه ومن وكل في بيع الحمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك، ولأن الحمر نجسة محرمة فحرم بيعها والتوكل فيه كالميتة والخنزير

(مسئلة) (ولا يصح بيع العبد المسلم لكافر إلا أن يكون ممن يعتق عليه فيصح في إحدى الروايتين) لا يصح شراء الكافر مسلماً، وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح أن يشتريه كالمسلم. ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فتع من ابتدائه كالنكاح ولأنه عقد ثبتت الملك للكافر على المسلم فلم يصح كالنكاح وإنما ملكه بالارث وبقي ملكه عليه إذا أسلم في يده لأن الاستدامة أقوى من الابتداء بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للحوم الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من

ممنوع ثم يقارن الحمل الاطراف لانه يؤول الى الاتصال وينتفع به منفصلا ويصح افراده بالعتق والوصية به وله ويرث ان كان من أهل الميراث ويفرد بالدية ويرثها ورثته. ولا يصح قولهم انه لاحكم للحمل لهذه الاحكام وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع

ثبوت الاقوى ثبوت مادونه مع انا تقطع الاستدامة عليه باجباره على ازالها ، فان كان ممن يعتق عليه بالقرابة صح في احدى الروايتين وعق عليه وهذا قول بعض الاصحاب ، والاخرى لا يصح ولا يعتق لانه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ، ولان ما بيع من شرائه لم يسح له شراؤه وان زال ملكه عقيب الشراء كمشراء المحرم الصيد . ووجه الرواية الاولى ان الملك لا يستقر عليه وانما يعتق بمجرد الملك في الحال وبزول الملك عنه بالسكينة ويحصل له من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الاماء بالملك في لحظة يسيرة . ويقارن ممن لا يعتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازائه وكذا شراء المحرم الصيد (مسئلة) (ولان أسلم عبد الذمي أجبر على إزالة ملكه عنه)

لانه لا يجوز استدامة الملك للكافر على المسلم اجماعاً وليس له كتابته لان الكتابة لا تزيل ملك السيد عنه ولا يجوز اقرار ملك الكافر عليه وقال القاضي له ذلك لانه يزيل يده عنه فأشبهه ببعه والاوّل أولى (مسئلة) (ولا يجوز بيع الرجل على بيع أخيه وهو أن يقول لمن اشترى سلعة بعشرة أنا أعطيك مثلها بتسعة ، ولا شراؤه على شراء أخيه وهو أن يقول لمن باع سلعة بتسعة عندي فيها عشرة ليفسخ البيع ويعقد معه فان فعل فهل يصح ؟ على وجهين)

أما البيع فهو محرم لقول النبي ﷺ « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » ومعناه ما ذكرنا ومثله أن يقول أبيعك خيراً منها بثمنها أو يعرض عليهما سلعة يرغب المشتري ليفسخ البيع ويقدّمه فلا يجوز ذلك للنهي عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه ، وفي معنى ذلك شراؤه على شراء أخيه لانه في معنى المنهي عنه ، ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في عموم النهي ، ولان النبي ﷺ نهى أن يحطّب الرجل على خطبة أخيه متفق عليه . وهو في معنى الخطاب ، وان خالف وفعل فالبيع باطل للنهي عنه والنهي يقتضي الفساد ، وفيه وجه أنه يصح لان المحرم هو عرض سلعته على المشتري أو قوله الذي فسخ البيع من أجله وذلك سابق على البيع ، ولانه اذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولان النهي لحق آدمي فأشبهه بيع النجس . وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع . فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري ، وهو الذي تناوله النهي

والثاني أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لان النبي صلى الله عليه وسلم باع فمين يزيد فروى أنس أن رجلاً من الانصار شك الى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد فقال له « أما تبقى لك شيء ؟ » قال بلى قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأناهما بهما فقال « من يبتاعهما ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من يزيد على درهم ؟ » فأعطاه رجل درهين فباعهما منه : رواه الترمذي وقال حديث حسن وهذا أيضاً اجماع فان المسلمين يبيعون في أسواقهم بالمزايدة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا عدمه فلا يحرم السوم أيضاً ولا الزيادة استدلالاً

(فصل) وان تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفاً ينقل المبيع كالبيع والهبة والوقف أو يشغله كالاجارة والتزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه الا العتق سواء وجد بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت له أن معاوية وأبا جهم خطباها فأمرها أن تسكح أسامة ، وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فما أبيع في أحدها أبيع في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصریح . فقال القاضي لا تحرم المساومة ، وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالاً بحديث فاطمة ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة فحرم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل (قال شيخنا) ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهها حسناً فإن النهي عام خرجت منه الصورة المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولأنه وجد منه دليل على الرضا أشبه ما لو صرح به ، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جات مستشارة للنبي ﷺ وليس ذلك دليلاً على الرضا وكيف ترضى وقد نهاها النبي ﷺ بقوله « لا تفوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئاً قبل مراجعة النبي ﷺ والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكمتا بالتحريم فيه (فصل) وبيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً عن مقارنة مفسدة فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط . ولنا أنها ما قصدوا البيع فلم يصح منهما كالأهلين ، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ سلطان أو غيره ملكه فيواطيه رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك ولا يريدان يماحقيا (مسألة) (وفي بيع الحاضر للبادي روايتان إحداهما يصح والآخرى لا يصح بخمسة شروط أن يحضر البادي لبيع سلعة بسعر يومها جاهلاً بسعرها ويقصده الحاضر وبالناس حاجة اليها ، وإن اختلف شرط منها صح البيع)

البادي ههنا من يدخل البلد من غير أهلها سواء كان بدوياً أو من قرية أو من بلدة أخرى ، ولا يجوز أن يبيع الحاضر للبادي لقول ابن عباس نهى النبي ﷺ أن تتلقى الركبان وأن يبيع حاضر لباد . قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد ؟ قال لا يكون له سمساراً ، متفق عليه ، وعن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي بيع سلعته اشتراها الناس برخص ونوسم عليهم السعر ، وإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد ، وقد أشار النبي ﷺ في تعليله إلى هذا . ومن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ، ونقل أبو اسحاق ابن شاقلا أن الحسن بن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به قال له فالخبر الذي جاء بالنهي . قال كان ذلك مرة ، فظاهر هذا أن النهي اختص بأول الاسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك . هذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه ، والمذهب الأول لعموم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا ما لم يتم على اختصاصهم به دليل ، وهو مذهب الشافعي وظاهر كلام الحنفي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له فإن كان هو القاصد للحاضر جاز لأن التضييق حصل منه لا من الحاضر . (الثاني) أن يكون

من البائع أو المشتري. لأن البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن، إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل

البادي جاهلاً بالسعر قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم لأن التوسعة لا تحصل بتركه بيعها لأنه لا يبيعها إلا بسعرها ظاهراً (الثالث) أن يكون قد جلب السلعة للبيع، فاما أن جلبها ليأكلها أو يخزنها فليس في بيع الحاضر له تضيقاً بل توسعة، وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها، فاما أن كان أحضرها وفي نفسه أن لا يبيعها رخصة فليس في بيعه تضيق (الثاني) أن يكون بالناس حاجة إليها وضرر في تأخير بيعها كالأقوات ونحوها، وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إليها فتى اختل شرط منها لم يحرم البيع وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام وظاهر المذهب أنه باطل نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد. وذكر الحرقي رواية أخرى أن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لأن أنهى لمعنى في غير المنهي عنه فلم يبطل كتلقي الركبان ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد والله أعلم (مسئلة) (فأما شراؤه له فيصح رواية واحدة) وهو قول الحسن وكرهت طائفة الشراء لهم أيضاً كما كرهت البيع فروى أنس قال: كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبيعن له شيئاً ولا تباعن له شيئاً وهو إحدى الروايتين عن مالك

ولنا أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسع عليهم السعر ويزول عنهم الضرر، وليس ذلك في الشراء لهم ولا يتضررون لعدم الغبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر. فاما أن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والاوزاعي وابن المنذر وكراهه مالك والليث وقول الصحابي أولى

(فصل) وليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل ما يبيع الناس به كما يبيع الناس وإلا فأخرجنا، واحتج بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر أنه مر بمحاطب في سوق المصلى وبين يديه غراران فيها زبيب فسأله عن سعرهما فسر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زيباً وهم يعتبرون سعرها فما أن ترفع في السعر وإما أن تدخل زيبك فتبيعه كيف شئت. ولأن في ذلك إضراراً بالناس إذا زادوا وإذا نقص أضر بأصحاب المتاع. ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال: غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ

فقالوا يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا فقال «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطلبني بمظلة في دم ولا مال» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سأله ذلك ولو جاز لأجابه إليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولأنه ماله فلم يجوز منه من يبيع بما تراضى عليه المتبايعان كما لو اتفق الجماعة عليه، والظاهر أنه سبب الغلاء لأن الجالين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعتهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمنع من بيعها ويكتسبها ويطلبها المحتاج

خياره لانه لاحق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالمغيب. قال أحمد اذا اشترط الخيار فباعه قبل ذلك بربح فالربح للمبتاع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا والله أعلم فيها اذا شرط ولا يجدها الا قليلا فيرفع في ثمنها ليحصلها فتقلو الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول الى غرضه فيكون حراما ، فاما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال: ان الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء. وانما هو شيء أردت به الخير لاهل البلد فحثت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكره من الضرر موجود فيها اذا باع في بيته ولا يمنع منه (مسئلة) (من باع سلعة بنسيئة لم يحز أن يشتريها بأقل مما باعها إلا أن تكون قد تغيرت صفتها ، وإن اشتراها أبوه أو ابنه جاز)

من باع سلعة بشئ مؤجل ثم اشتراها بأقل منه فقد لم يحز روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري والاوزاعي ومالك وإسحاق وأصحاب الرأي وأجازها الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فجاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها ولنا ما روى غندر عن شعبة عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أبيهم بن شرحبيل أنها قالت دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم وامرأته على عائشة فقالت أم ولد زيد بن أرقم إني بعثت غلاماً من زيد بن أرقم بمائة درهم إلى العطاء ثم اشتريته منه بمائة درهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب. رواه أحمد وسعيد بن منصور ، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه الا بتوقيف من النبي ﷺ فجرى مجرى روايتها ذلك عنه لان ذلك ذريعة إلى الربا فانه يدخل السلعة ليستبيح بيع الف بمائة إلى أجل ، ولذلك قال ابن عباس في مثل هذه المسئلة أرى مائة بخمسين بينهما حريرة يعني خرقة حريرة جعلها في بيعها والذرائع معتبرة ، فأما ان باعها بمثل الثمن أو أكثر جاز لانه لا يكون ذريعة وهذا إن كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فان نقصت مثل ان هزل العبد أو نسي متاعه أو تحرق الثوب ونحوه جاز له شراؤها بما شاء لان نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوصل الى الربا

(فصل) فان اشتراها بعرض أو كان بيعها الاول بعرض فاشترها بنقد جاز ولا نعلم فيه خلافا لان التحريم انما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأمان والعروض. فان باعها بنقد ثم اشتراها بنقد آخر فقال أصحابنا يجوز لانها جنسان لا يحرم التفاضل بينهما أشبه ما لو اشتراها بعرض ، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحسانا لانها كالشيء الواحد في معنى الثمنية ولان ذلك يتخذ وسيلة الى الربا فهو كما لو باعها بجنس الثمن الاول قال شيخنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى وهذه المسئلة تسمى مسئلة العينة قال الشاعر :

أندان أم نعتان أم ينبري لنا فتي مثل نصل السيف ميزت مضاربه

ومعنى نعتان أي نشترتي عينة كما وصفنا ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ورضيتم بالزرع وتركتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا الى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم ، وقد روي عن أحمد أنه قال: العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة فان باع بنقد ونسيئة فلا بأس ، وقال أكره

الخيار له وحده وكذلك اذا قلنا ان البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لها أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره . وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع

للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد قال ابن عقيل انما كره النسيئة لمضارعة الربا فان البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالاجل غالبا ويجوز أن تكون العينة اسما لهذه المسئلة ولليع نسيئة حملا لكن البيع بنسيئة مباح اتفاقا ولا يكره الا أن لا يكون له تجارة غيره

(فصل) فان باع سلعة بنقد ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز إلا أن تتغير السلعة لان ذلك يتخذ ونسيئة الى الربا فهي كمسئلة العينة ، فان اشتراها بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها أو بمثلها نسيئة جاز لما ذكرنا في مسئلة العينة ، وان اشتراها بنقد آخر بأكثر من ثمنها فهو كمسئلة العينة على ما ذكرنا من الخلاف ، قال شيخنا ويحتمل أن يكون له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه اذ لم يكن ذلك عن مواطاة ولا حيلة بل وقع اتفاقا من غير قصد لأن الاصل حل البيع وانما حرم في مسئلة العينة للأثر الوارد فيه وليس هذا في معناه لأن التوسل بذلك أكثر فلا يلحق به مادونه (فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له أن يشتري لا يجوز ذلك لو كيله لانه قائم مقامه ويجوز لغيره من الناس سواء كان أباه أو ابنه أو غيرها لانه غير البائع اشترى بنسيئة أشبه الاجنبي

(مسئلة) (وإن باع ما يجري فيه الربا بنسيئة ثم اشترى منه بشئ قبل قبضه من جنسه أو مالا يجوز بيعه به نسيئة لم يحز)

روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك وإسحاق وأجازه جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي . قال علي بن حسين اذا لم يكن لك في ذلك رأى . وروى محمد بن عبدالله بن أبي مريم قال بعث تمرأ من التمارين كل سبعة أصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرأ يبيعه أربعة أصع بدرهم فاشتريت منه فسألت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بعثت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب قال عبد الله ابن عباس ما بعثت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه شيئا مما يكال بمكيال إلا ورقا أو ذهابا ، فاذا أخذت ذلك فابتع ممن شئت منه أو من غيره ، فرجعت فاذا عكرمة قد طابني فقال الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب ان فضل لي عنده فضل قال فاعطه أنت الكسر وخذ منه الدراهم ووجه محرم ذلك انه ذريعة الى بيع الطعام بالطعام نسيئة فحرم كمسئلة العينة ، وقد نص أحمد على ما يدل على هذا ، قال شيخنا والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء العقد كما قال علي بن الحسين فيما روى عنه عبد الله بن زيد قال قدمت على علي بن الحسين فقلت له إني أجذب نخلي وأبيع فيمن حضرني الى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل الأجل فيوقفونها بالسوق فابتاع منهم وأقاصمهم ، قال لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأى وذلك لأنه اشترى الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد لزوم العقد الاول فصح كما لو كان المبيع الاول حيوانا أو ثيابا وما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فان لم يأخذ بالثمن طعاما لكن اشترى من المشتري طعاما بدرهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها جاز كما في حديث علي بن الحسين (فصل) والاحتكار حرام لما روى أبو امامة ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يحتكر الطعام ، وعن

قبل التفرق ببيع أوهبة روايتان (أحدها) لا ينصح لأن في صحته إسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فإن تفرقا قبل الفسخ صح وان اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري. قال أحمد في رواية أبي

سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من احتكر فهو خاطيء» رواها الاثرم، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » والاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط: (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئاً أو أدخل عليه من غلته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً روي ذلك عن الحسن ومالك ، قال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولأن الجالب لا يضيق على أحد ولا يضر بل ينفع ، فان اناس اذا علموا أن عنده طعاماً معداً للبيع كان أطيب لقلوبهم (الثاني) أن يكون قوتا ، فأما الادم والعسل والزيت وعلف البهائم فليس احتكاره محرم . قال الاثرم سئل أبو عبدالله عن أي شيء الاحتكار ؟ قال اذا كان من قوت الناس فهذا الذي يكره وهذا قول عبدالله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب يحتكر الزيت وهو راوي حديث الاحتكار ، قال أبو داود وكان يحتكر النوى والحبط والبرز ولان هذه الاشياء لا تهم الحاجة اليها أشبهت الثياب والحيوان (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمرين (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور فإنه أحمد ، فظاهر هذا ان البلاد الواسعة الكبيرة كبغداد والبصرة ومصر ونحوها لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالباً (الثاني) أن يكون في حال الضيق بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، وأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد لم يحرم

(فصل) ويستحب الاشهاد في البيع لقوله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وأقل أحوال الامر انذب ولانه أقطع للنزاع وأبعد من التجاحد ، ويختص ذلك ماله خطر فأما ما لا خطره كحوائج البقال والمطبخ وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لانها تكثر فيشقى الاشهاد عليها وتقبح إنامة البينة عليها ، والترافع الى الحاكم بخلاف الكثير وليس ذلك بواجب في واحد منها ولا شرط له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي واسحاق ، وقال قوم هو فرض لا يجوز تركه روي ذلك عن ابن عباس ومن رأى الاشهاد في البيع عطاء وجابر بن زيد والنخعي لظاهر الامر قياساً على النكاح . ولنا قوله تعالى (فان أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أوّمن أمانته) قال أبو سعيد : صار الأمر الى الأمانة وتلا هذه الآية ، ولان النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه ومن رجل سراويل ومن أعرابي فرسا فحجده الاعراب حتى شهد له خزيم بن ثابت ، ولم ينقل أنه اشهد في شيء من ذلك وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الاسواق فلم يأمرهم بالاشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي ﷺ ولو كانوا يشهدون في كل بيعاتهم لتقل ، وقد أمر النبي ﷺ بعروة بن الجعد البارقي أن يشتري له أضعية ولم يأمره بالاشهاد ، ولان المبايعات تكثر بين الناس في أوقافهم وغيرها . فلو وجب الاشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الخرج المخطوط عنا بقوله تعالى (ما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الارشاد إلى حفظ الاموال والتعليم كما أمر بالرهن والكاتب ، وليس بواجب وهذا ظاهر ان شاء الله تعالى (فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أبرح الله تجارتك » رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب وقال

طالب اذا اشترى ثوباً بشرط فباعه بربح قبل انقضاء الشرط يرده الى صاحبه ان طلبه فان لم يقدر على رده فلبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه. فقلوله يرده ان طلبه يدل على أن وجوب رده قوم لا بأس به. والصحيح الاول للحديث المذكور فان باع فالبائع صحيح لانه تم بأركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لانوجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية ، وفي قول النبي ﷺ «قولوا لا أريح الله تجارتك» من غير اخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم

بسم الله الرحمن الرحيم

باب الشروط في البيع

وهي ضربان: صحيح وهو ثلاثة أنواع (أحدها) شروط من مقتضى البيع كالتقايض وطول الثمن ونحوه فهذا لا يؤثر فيه لانه بيان وتأكيده لمقتضى العقد فوجوده كعدمه (الثاني) شرط من مصلحة العقد كاشتراط صفة في الثمن كتأجيله أو الرهن أو الضمين أو الشهادة أو صفة في المبيع مقصودة نحو كون العبد كاتباً أو خطيباً أو صانعاً أو مسلماً أو ألامه بكراً أو الدابة هملاجة أو الفهد صيوداً فهو شرط صحيح يلزم الوفاء به فان لم ينف به فله شري الفسخ والرجوع بالثمن والرضا به لانه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار الشرط مستحقاً لقول النبي ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولا نعلم في صحة هذين القسمين خلافاً (مسألة) (فان شرطها ثيباً كافرة فبانت بكراً مسلمة فلا فسخ له لانه زاده خيراً وليس ذلك يزيد في الثمن فاشبهه ما لو شرطه غير صانع فبان صانعاً)

وهذا قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثبوة لعجزه عن البكر ويحتمل أن له الفسخ لان له فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة اكثره لصلاحيتها للمسلمين والكفار أو ليسربح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقد دل اشراطه على أن له قصداً صحيحاً. فأما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جمدة أو جاهلة فبانت عالة فلا خيار له لانه زاده خيراً .

(فصل) فان شرط الشاة لبونا صح وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يجز شرطه ، ولنا أنه امر مقصود يتحقق من الحيوان يأخذ قسطاً من الثمن فصح اشراطه كالصناعة في الامة والهملة في الدابة وإعما لم يجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة فيما كان تبعاً لا يمنع الصحة ولذلك لو اشترها بغير شرط صح بيعه معها. وكذلك يصح بيع اساسات الحيطان والنوى في التمر وان لم يجز بيعهما منفردين فان شرط أنها تحلب قدرأ معلوماً لم يصح لان اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه فتعذر الوفاء به ، وإن شرطها غزيرة اللبن صح لأنه يمكن الوفاء به . وان شرطها حاملاً صح . وقال القاضي قياس المذهب أن لا يصح لان الحمل لا حكم له. ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا . وقوله ان الحمل لا حكم له لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم في اندية بأربعين خلفه في بطونها أولادها، ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسبيات وأرخص للحامل في الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من

مشروط بطلبه وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فكان على بكر صعب وكان يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم فيقول له أبوه لا يتقدم النبي صلى الله عليه وسلم أحد فقال له النبي

إقامة الحد عليها من أجل حملها . وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لا عنها حال حملها فاتبى عنه ولدها ، فإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لأنه لا يمكن الوفاء به ، وكذلك أن شرط أنها لا تحمل لذلك ، وقال مالك لا يصح في المرتفعات ويصح في غيرها ، ولنا أنه باعها بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالمرتفعات ، وإن شرطها حائلاً فبانت حاملاً فإن كانت أمة فهو عيب يثبت الخيار وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ، ويحتمل أن يستحق لأنه قد يريد لها لسفر أو حمل شيء لا تتمكن منه مع الحمل ، وإن شرط البيض في الدجاجة ففيل لا يصح لأنه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم وقيل يصح لأنه يعرف بالمادة فأشبهه اشتراط الشاة لبونا (مسألة) (وإن اشترط الطائر مصوتاً أو أنه يحجيء من مسافة معلومة صح وقال القاضي لا يصح) إذا شرط في الهزار والقمري ونحوها أنه مصوت فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لأن صياح الطير يجوز أن يوجد وأن لا يوجد ولأنه لا يمكنه إكراهه على التصويت . والاولى جوازه لأن فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبهه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وإن شرط في الحمام أنه يحجيء من مسافة معلومة صح أيضاً اختاره أبو الخطاب لأن هذه عادة مستمرة وفيها قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجري مجرى الصيد والهملجة وقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لأن فيه تعذيباً للحيوان أشبهه مالو شرط الكباش مناطحاً . وإن شرط الغناء في الجارية لا يصح لأن الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا . وإن شرط في الكباش النطاح أو في الديك كونه منافر لم يصح لأنه منهي عنه في الشرع فجري مجرى الغناء في الجارية . وإن شرط أن الديك يوقظه للصلاة لم يصح لأنه لا يمكن الوفاء به وإن شرط أنه يصيح في أوقات معلومة جرى مجرى التصويت في القمري على ما ذكرنا (والثالث) أن يشترط نفعاً معلوماً في المبيع كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم أو يشترط المشتري نفع البائع في المبيع كحمل الخطب أو تكسيه أو خياطة الثوب أو تفصيله ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكنها سنة ، أو دابة ويشترط ظهره إلى مكان معلوم أو عبداً ويستثنى خدمته مدة معلومة نص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي وأبي ثور وإسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي لا يصح لأنه يروى أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولأنه ينافي مقتضى البيع فأشبهه مالو شرط أن لا يسلمه ذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي الباقي منفعته وقال ابن عقيل فيه رواية أخرى أنه يبطل البيع والشرط نفعاً عبد الله بن محمد في الرجل يشترى من الرجل الجارية ويشترط أن تخدمه فالباع باطل قال شيخنا وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسئلة فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة فاطلاقه يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه أما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها وذاتك يفضي إلى الخلوة بها والخطر برؤيتها وصحبها وهذا لا يوجد في غيرها ولذلك منع اعارة الأمة الشابة لغير محرمها وقال

صلى الله عليه وسلم « بعينه » فقال عمر هولك يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت » وهذا يدل على أن التصرف قبل تفرق جائز وذكر أصحابنا في صحة تصرف

مالك أن اشترط ركوبا إلى مكان قريب جاز وإن كان إلى مكان بعيد كرهه لأن اليسير تدخله المساحة ولنا ما روى جابر أنه باع النبي ﷺ جملا واشترط ظهره إلى المدينة وفي لفظ قال فبعته بأوقية واستثنت حملانه إلى أهلي متفق عليه وفي لفظ فبعته بخمس أواق قال قلت على أن لي ظهره إلى المدينة قال « ولك ظهره إلى المدينة » رواه مسلم ولأن النبي ﷺ نهى عن النيا إلا أن تعلم وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلا مؤجرة أو أرضا مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنى كالموكل لو اشترط البائع الثمرة قبل التأجير ولم يصح نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع ففهموه لإباحة الشرط الواحد وقياسهم منقوض بشرط الخيار والتأجيل في الثمن

(فصل) وإن باع أمة واستثنى وطأها مدة معلومة لم يصح لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبه حيث نسيجه لا نها بموكله فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك ، واختار ابن عقيل عدم الإباحة أيضا وهو قول أكثر الفقهاء (فصل) وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا فإن كان عالما بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى معيما يعلم عيبه وإن لم يعلم فله خيار الفسخ كمن اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة وإن أنلف المشتري العين فعليه أجرة المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وثمن البيع وإن تلفت العين بتفريطه فهو كالمفلس بفعله نص عليه أحمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل قال القاضي : معناه عندي القدر الذي نقصه البائم لأجل الشرط وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه يضمن ما فات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجرة المثل قالوا إن تلفت بغير فعله وتفريطه لم يضمن قال الأثرم : قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان قال لا إنما شرط عليه هذا بعينه لأنه لا يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤجرة بشمرتها أو غير المؤجرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطا واستثنى منه شجرة بعتها فتلفت ، وقال القاضي عليه ضمانها أخذنا من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وكلامه محمول على حالة التفريط على ما ذكرناه

(فصل) إذا اشترط البائع منفعة المبيع فأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير المبيع نص عليه أحمد لأن حقه تعلق بعينها أشبه ماله استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها فإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لها وإن أراد البائع إعارته العين أو إيجارها لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فملك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة الموصى بمنافعها ولا تجوز إيجارها إلا لمثله في الانتفاع فإن أراد إيجارها أو إعارتها لمن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل .

المشتري بالوقف وجها آخر لانه تصرف يبطل الشفعة فاشبه المتق والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات لان المبيع يتعلق به حق البائع تملقا يمنع جواز التصرف فنع صحته كالرهن . ويفارق

(فصل) وان قال بعتك هذه الدار واجرتكها شهرا لم يصح لانه اذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فاذا أجره اياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة مامله المشتري فلم يصح قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفـر الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كذا بقفيز منه فيصير كانه شرط له القفيز عوضا عن عمله في باقي الكـر المطحون ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع على ما ذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع . مثل أن يشتري ثوبا ويشترط على بائعه خياطته قميصا أو بـغلة ويشترط حذوها فعلا أو حزمة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية . هنا وغيره ، واحتج أحمد بما روي أن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي حزمة حطب وشارطه على حملها ، وبه قال اسحاق وأبو عبيدة ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشترى بـغلة ويشترط على البائع حذوها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد أشبه الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط ولنا ما تقدم في قضية محمد بن مسلمة ولانه بيع واجارة لانه باعه الثوب وأجره نفسه على خياطته وكل واحد منهما يصح افراداه بالعقد فاذا جمعها جاز كالعينين ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط قال أحمد : انما نهى عن شرطين في بيع وهو يدل بمفهومه على جواز الشرط الواحد ولا بد من العلم بالمنفعة لها ليصح اشتراطها لأننا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح وان شرط حذوها فعلا فلا بد من معرفة صفاتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء . قال أحمد : في الرجل يشتري البغلة على أن يحذوها جائز إذا أراد الشراك فان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو يموت البائع انفسخت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وان تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل والأجرة عليه كقولنا في الاجارة .

(فصل) وإذا اشترط المشتري منفعة البائع في المبيع فأقام البائع مقامه من يعمل العمل فله ذلك بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وعن يقوم مقامه وان أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله وان أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لان المعاوضة عقد تراض فلا يجبر عليه أحد وان تراضيا عليه احتمل الجواز لانها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فاذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن تؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ويحتمل أن لا يجوز لانه مشـرط بحكم العادة والاستحسان لاجل الحاجة فلم يحز أخذ العوض عنه كالقرض فانه يجوز أن يرد في الخبز والحـمير قل أو كثر ولو أراد أن يأخذ بقدر خبزه وكـمـره بقدر الزيادة لم يحز ولانه أخذ عوضا عن مرفق معتاد جرت العادة بالعوض عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستتناة شرعاً وهو ما إذا باع أرضا فيها زرع للبائع واستحق تـبقيته الى حين الحصاد فلو أخذه قصيلا لينتفع بالارض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك

(مسألة) (وذكر الحرفي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج ههنا مثله)

الوقف العتق لان العتق مبني على التغليب والسراية بخلاف الوقف وأما حديث ابن عمر فليس فيه تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحتمل أنه أراد هبة وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمناً والهبة لا يثبت

إذا اشترى زرعاً أو جزءه من الرطبة أو ثمرة على الشجر فالحصاد وجز الرطبة وجذاذ الثمرة على المشتري لان نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع بخلاف الكيل والوزن والعدد فانها على البائع لانها من مؤنة تسام المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع ، وهنا حصل التسليم بالتحلية بدون القطع بدليل جواز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً. فان شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الحرقى يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي : المذهب جواز الشرط ذكره أبو بكر وابن حامد وقال القاضي ولم أجد بما قاله الحرقى رواية في المذهب ، واختلف فيه أصحاب الشافعي فقال بعضهم إذا شرط الحصاد على البائع بطل البيع قولاً واحداً وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسده قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لان معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجاز له قال هذا بيع واجارة وكل واحد منهما يصح افتراده فصح جمعها كالعينين وقولهم شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع (والثاني) يبطل بشرط الرهن والكفيل والخييار (والثالث) ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ويبقى الشرط من المستلم فليس ذلك بتأخير التسليم فاذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه. فان قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمهما مختلف بدليل ثبوت الشفعة في الشقص دون السياف ، وقد صح الجمع بينهما . وقول الحرقى ان العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص هذه المسئلة وشبهها بما يفضي الشرط فيه الى انتازع فان البائع قد يريد قطعها من أعلاها ليقبى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عايناً ليزيد له ما يأخذه فيفضي الى التنازع وهو مفسدة فيبطل البيع من أجله ، ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع كما ذكرنا في صدر المسئلة والاول أولى لوجهين (أحدهما) انه قد قال في موضع آخر ولا يبطل البيع شرط واحد (والثاني) ان المذهب انه يصح اشتراط منفعة البائع في البيع كما ذكرنا والله أعلم

(مسألة) (وإن جمع بين شرطين لم يصح)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهى عن الشرطين في البيع وهو ماروي عن عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا بيع ما ليس عندك » أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لابي عبد الله ان هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع لانما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على اباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة. واختلف في تفسير الشرطين المنهيين فروي عن أحمد أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوباً واشترط على

فيها الخيار . وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوها صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه واما ان يكون للمشتري والبائع يملك فسخره فجعل انبيع والهبة فسحوا واما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره فاذا قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

البائع خياطته أو قصارته أو طعاماً واشترط طحنه وحمله إن شرط أحده هذه الاشياء فالبيع جائز، وإن اشترط شرطين فالبيع باطل وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو هذا التفسير وروى الاثر من أحمد تفسير الشرطين أن يشتريها على أنه لا يبيعها من أحد ولا يوطؤها ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع ان يقول اذا بعته فانا أحق بها بالثمن ، وإن نخذني سنة فظاهر كلام احمد ان الشرطين المنهي عنهما ما كان من هذا النوع ، واما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو من مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط ان يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وان كثر ، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد أنه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصلحة المقد أو لغير مصلحته اخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين ورووا ان النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولان الصحيح لا يؤثر في البيع وان كثر والفساد يؤثر فيه وان اُحْدَ والحديث الذي روينا يدل على الفرق ولان العذر اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم احتمال الكثير، وحديثهم ليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند فلا يعول عليه، والذي ذكره القاضي في المجرد بعيد أيضاً . فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ما هو من مصلحة العقد كالاجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه ، مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر في بطلانه قلت أو كثرت . ولم يذكر أحمد في هذه المسألة شيئاً من هذا القسم فالظاهر أنه غير مراد له والاولى تفسيره بما حكاه ابن المنذر والله اعلم

(فصل) (الثاني) فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) أن يشرط على صاحبه عقداً آخر كسلف أو قرض أو بيع أو اجارة أو صرف للثمن أو غيره فهذا يبطل البيع ، ويحتمل أن يبطل الشرط وحده (المشهور في المذهب ان هذا الشرط فاسد يبطل به البيع لان النبي ﷺ قال « لا يخل بيع وسلف ولا شرطان في بيع » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولان النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة ، حديث صحيح وهذا منه ، قال احمد وكذلك كل ما في معنى ذلك مثل ان يقول على ان تزوجني ابنتك او على أن أزوجه ابنتي فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود صفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزوه مالك وجعل العوض المذكور في الشرط فاسداً قال ولا ألتفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوماً حلالاً فكأنه باع السلعة بالدرهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير ولنا الخبر والنهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بالشرط فاذا فات الرضا به ولانه شرط عقداً في عقد فلم يصح كسكاح الشغار ، وقوله لا ألتفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً ، ويحتمل ان يصح البيع ويبطل الشرط بناء على ما اذا شرط ما ينافي مقتضى العقد على ما ذكره ان شاء الله تعالى

ولنا على ابطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار وقولهم يملك الفسخ قلنا الا ان ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهب لولده قبل استرجاعه وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه

(الثاني) شرط ما ينافي مقتضى البيع نحو ان يشترط ان لا خسارة عليه أو متى نفق المبيع والا رده أو الا يبيع ولا يهب ولا يعتق وان اعتق فالولاء له أو يشترط ان يفعل ذلك فهذا الشرط باطل في نفسه لقول النبي ﷺ في حديث بريرة حين شرط أهلها الولاء « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل » نص على بطلان هذا الشرط وقسنا عليه سائر الشروط لانها في معناها وهل يبطل بها البيع ؟ على روايتين ، قال الهادي : المنصوص من احمد ان البيع صحيح وهو ظاهر كلام الحرفي وبه قال الحسن والشعبي والنخعي والحكم وابن ابي ليلى وأبو ثور (والثانية) البيع فاسد وهو قول ابي حنيفة والشافعي لانه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو اشترط فيه عقداً آخر ، ولان الشرط اذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولان البائع انما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك اذا كان الشرط له فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي ولانه قد روي عن النبي ﷺ انه نهى عن بيع وشرط

ووجه الاولى ما روت عائشة قالت : جاءني بريرة فقالت : كانت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينني ، فقلت ان أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فقالت لهم فأبوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت : اني عرضت عليهم فأبوا الا أن يكون الولاء لهم ، فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبر عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال « خذنها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق » ففعلت عائشة فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فإنا بالرجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله تعالى ، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وأما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فابطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المنذر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب فإن قيل المراد بقوله « اشترطي لهم الولاء » اي عليهم بذليل انه امرها به ولا يأمرها بفاسد قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين احدهما ان الولاء لها باعتبارها فلا حاجة الى اشتراطه (الثاني) انهم ابوا البيع الا ان يشترط لهم الولاء فكيف يأمرها بما علم انهم لا يقبلونه منها وإما امرها بذلك فليس هو امرأ على الحقيقة ، وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقول الله تعالى (استغفر لهم اولا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا اولا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء اولا تشترطي ولهذا قال عقيه « فانما الولاء لمن اعتق » وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا وما ذكروه من المعنى في مقابلة النص لا يقبل

(فصل) واذا حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي والمشتري الرجوع بزيادة الثمن ان كان هو المشتري لان البائع انما سمح بالمبيع بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط والمشتري انما سمح له بزيادة الثمن من اجل شرطه فاذا لم يحصل غرضه ينبغي ان يرجع بما سمح به كما لو وجده معيياً ومحملاً ان ثبت الخيار ولا يرجع بشيء كن شرط رهننا او ضمناً فامتتم

(فصل) وان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارها لان ذلك يدل على تراضيها بامضاء البيع فيقطع به خيارها كما لو تخيرا ويصح تصرفها لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع البيع بعد اقطاع الخيار (وان تصرف البائع باذن المشتري احتمل ان يقع صحيحاً لان ذلك دليل على فسخ البيع أو استرجاع المبيع فيقع تصرفه بعد استرجاعه

الراهن والضمين ولان ما ينقصه الشرط من الثمن مجهول فيصير الثمن مجهولاً ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم لارباب بريرة بشيء مع فساد الشرط وصحة البيع . وان حكماً بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء قبضه او لم يقبضه على ما ذكره ان شاء الله تعالى

(مسألة) (الا اذا شرط العتق في صحته روايتان)

احداهما يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لان عائشة اشترت بريرة وشرط عليها اهاها عتقها وولاءها فانكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لانه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه ما لو شرط أن لا يبيعه ولا أنه شرط ازالة ملكه عنه أشبه ما اذا اشترط أن يبيعه وليس في حديث عائشة انها شرطت لهم العتق انما اخبرتهم انها تريد ذلك من غير شرط فاشترطوا ولاءها فان حكماً بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة على ما بينا وان حكماً بصحته فاعتقه المشتري فقد وفي بما شرط عليه وان لم يعتقه ففيه وجهان (احدهما) يجبر لان شرط العتق اذا صح تعلق بعينه فيجبر كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يجبر لان الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط الرهن والضمين فملى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لانه لم يسلم له ما شرط أشبه ما لو شرط عليه رهناً فلم يف به ، وان تعيب المبيع أو كان أمة فاحباطها أعتقه وأجزأه لان الرق باق فيه وان استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له . وان مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو يبيع مطلقاً وكم قيمته اذا يبيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين كالارش وفي الآخر بضمن بما نقص من قيمته

(مسألة) (وعنه فيمن باع جارية وشرط على المشتري انه ان باعها فهو أحق بها بالثمن ان البيع جائز) روى المروذي عن أحمد انه قال هو في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لا شرطان في بيع » يعني انه فاسد لانه شرط أن يبيعه اياه وان يبيعه بالثمن الاول فها شرطان في بيع نهى عنهما ولانه ينافي مقتضى العقد لانه شرط ان لا يبيعه من غيره اذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط ان لا يبيعه الا من فلان وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود انه قال ابتعت من امرأتي زينب الثقفية جارية وشرطت لها ان بعثتها فهي لها بالثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقال لا تقرها ولا أحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحد الحديث قال البيع جائز ولا تقرها لانه كان فيها شرط واحد للمرأة ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسد فحل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساد ما قال شيخنا ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد الشرط وفي رواية اسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والشرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعه . وقول أحمد لا تقرها قد روي مثله فيمن اشترط في الامه أن لا يبيعه ولا يهبها أو شرط عليه ولاءها أو لا يقرها والبيع جائز لحديث عمر المذكور . وقال القاضي

٥٦ اشتراط الرهن الفاسد في البيع . ما يترتب على فساد العقد (المغني والشرح الكبير)

وبحتمل أن لا يصح لان البائع لا يحتاج الى اذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير اذن المشتري وقد ذكرنا انه لا يصح كذا ههنا . وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفا سواء صح لانه بفسخ البيع عاد اليه الملك فصح تصرفه فيه كمالو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه ، وكذلك ان تقدم تصرفه ما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

وهذا يدل على الكراهة لا على التحريم قال ابن عقيل عندي انه اما منع من الوطء لمكان الخلاف في العقد لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

(مسألة) (وان شرط رهنا فاسدا كالحجر ونحوه فهل يبطل البيع على وجهين ؟) أصلها الروايتان في الشروط الفاسدة وقد مضى ذكرهما

(فصل) واذا قال رجل لنريمه : بعني هذا على ان أقضيك دينك منه ، ففعل ، فالشرط باطل لانه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء وهل يفسد البيع ؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع على ما ذكرنا . وان قال أقضني حقي على ان أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل وانقضاء صحيح لانه أقضه حقه وان قال أقضني أجود من مالي على ان أبيعك كذا فالقضاء والشرط باطلان وعليه رد ما قبضه ويطالب بماله

(فصل) ومتى حكمنا بفساد العقد لم يثبت به ملك سواء اتصل به القبض أو لا ولا ينفذ تصرف المشتري فيه يبيع ولا هبة ولا عتيق ولا غيره وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يثبت الملك فيه اذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع زيادته المتصلة الا ان يتصرف فيه المشتري تصرفا يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته محتجا بحديث بريرة فان عائشة اشترتها بشرط الولاء فاعتقتها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتيق والبيع فاسد ولان المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل غير أنه عقد فيه تسليط فوجب ان يملكه كالعقد الصحيح . ولنا انه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فاما حديث بريرة فاما يدل على صحة العقد لاعلى ما ذكرناه وليس في الحديث ان عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهلها حين بلغهم انكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه وبحتمل ان الشرط كان سابقاً للعقد فلم يؤثر فيه

(فصل) وعليه رد المبيع مع ثمنائه المنفصل وأجرة مثله مدة بقاءه في يديه ، وان نقص ضمن نقصه لانها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا وإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولان أخذ نص عليه في الغصب ولانه قبضه باذن مالكه فأشبهه الغاربية ، وذكر الحرقى في الغصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج ههنا كذلك ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فان كان المبيع أمة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده أنها مملوكة ، ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد إذا سقط لاشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه ارش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لأنه معقود على الوطء ولا كذلك البيع لأنه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها . فان قيل إذا أوجبت

(فصل) وإن تصرف أحدهما بالعقق نفذ عتق من حكنا بالملك له ، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فينفذ عتقه سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما لانه عتق من مالك جازر التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي ﷺ « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق كما لو باع عبداً بجمارية معينة فإن المشتري العبد ينفذ عتقه مع أن للبائع الفسخ

مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبت ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانها لما تجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لأن مهر البكر ضمان المنفعة وارش البكارة ضمان جزئ فلذلك اجتمع ، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرًا فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجب قيمة ما استوفى من نفعه وإذا أتلفه وجب ضمان عينه ولا يجوز أن يضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فإنه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويلحق به لذلك ولاولاء عليه لأنه حر الأصل وعلى الواطئ قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لانه إنما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ . فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ولأن الجاني أتلفه وقطع نماءه وههنا يضمنه بالحيلولة بعينه فان كان الضارب اجنبياً فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة وللسيد أقل الامرين من دية الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له قام مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه للبائع وإنما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً وان كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لانه بسبب ذلك ضمن ، وان ضرب الواطئ بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً ، وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا ، وان سلم الحارية المبيعة إلى البائع حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة وان تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه وان ملكها الواطئ لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علقت منه في غير ملكه فأشبهت الزوجة وهكذا كل موضع حبلت في ملك غيره لا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) إذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه ، وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه مالكة ولبائعه أخذه حيث وجده ، ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائعه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير اذن صاحبه فكان ضامناً . فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني (فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المفصوب واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض ، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد

ولوهب رجل ابنه عبداً فأعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب لاسترجاعه ، ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب ، وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك ينفذ عتقه لأنه ملكه وان كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق . ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبداً الذي وهبه اياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل الى المشتري ، وان قلنا بالرواية الاخرى وان الملك لم ينتقل الى المشتري نفذ عتق

زيادتها أسقطت تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين التلف ، قال القاضي وهذا ظاهر كلام احمد (فصل) واذا باع يبعاً فاسداً وتقابضاً ثم ألتف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع والمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فحان أحق به كالمؤمن . ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان ودعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) واذا قال بع عبدك من فلان بألف على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المبيع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال : أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة . لسكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجة ورقبة العبد ولذلك لم يجز في النكاح . أما في مشألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لان العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان (الثالث أن يشترط شرطاً يعلق البيع كقوله بعتك ان جئتني بكذا أو ان رضي فلان) فلا يصح البيع لانه علق البيع على شرط مستقبل فلم يصح كما اذا قال : بعتك اذا جاء رأس الشهر

(مسألة) وكذلك اذا قال المرتهن ان جئتني بحقك في محله والا فالرهن لك ، فلا يصح البيع ، الا بيع العربون وهو أن يشتري شيئاً ويعطي البائع دهرها ويقول ان اخذته وإلا فالدرهم لك . فقال احمد يصح لان عمر فعله وعند أبي الخطاب أنه لا يصح

وعن روي عنه القول بفساد الشرط ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم ، والاصل في ذلك ما روى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يعلق الرهن » رواه الاثرم قال الاثرم قلت لاحد مامعني قوله لا يعلق الرهن ؟ قال لا يدفع رهن الى رجل ويقول : ان جئتك بالدرهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك . قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يعلق الرهن عند مالك والثوري واحمد وانما فسد البيع لانه معلق بشرط مستقبل فلم يصح كالمسئلة قبلاً ، وكما لو قال ان ولدت ناقتي فصيلا فقد بعتك بدينار

(فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة ويدفع الى البائع دهرها أو اكثر على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فهو للبائع . يقال عربون وعربون وعربان وأربان . قال أحمد ومحمد بن سيرين لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر أنه أجازه وقال ابن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يردّها ويرد معها شيئاً قال احمد هذا في معناه ، وقال أبو الخطاب لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس والحسن ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العربون رواه ابن ماجه ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لاجني ولانه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما

البائع دون المشتري ، وان أعتق البائع والمشتري جميعاً فان تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرنا وان تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لان البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ولكن حصل باعتاقه ففسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ومتى أعاد البائع الاعتاق مرة ثانية نفذ اعتاقه لأنه عاد العبد إليه فأشبهه مالهو استرجعه بصريح قوله ، ولو اشترى من يعتق عليه

لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها رددهم (قال شيخنا) وهذا هو القياس وأما صار أحمد فيه الى ماروي عن نافع بن الحارث أنه اشترى لعمر دار السجج من صفوان بن أمية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا ، قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه قال أي شيء أقول هذا عمر رضي الله عنه ؟ وضعف الحديث المروي . روى هذه القصة الاثرم باسناده

(فصل) فاما ان دفع اليه قبل البيع درهما وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ثم اشترها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المقسد ، ويحتمل أن الشراء الذي اشترى لعمر كان على هذا الوجه فيحمل عليه جماعاً بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد بيع العربون . وان لم يشتر السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذه بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخر بيعه من أجله لانه لو كان عوضاً عن ذلك لما جازجه من الثمن في حال الشراء ولان الا انتظار بالبيع لا يجوز المعاوضة عنه ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

(مسألة) (وان قال بعثك على ان تنقضي الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عايه) وهذا قول أبي حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن ، وقال به أبو ثور اذا كان الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة ففسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق فسخ البيع على غرر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أنه يروى عن عمر ولانه علق رفع العقد بامر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ولانه بيع فجاز أن يفسخ بتأخير القبض كالصرف ولان هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج الى التروي في المبيع - هل يوافقه أو لا - يحتاج الى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولاً فها شبيهان في المعنى وان تعارفا في الصورة الا أنه في الخيار يحتاج الى الفسخ وهذا يفسخ إذا لم ينقذ في المدة المذكورة لانه جعله كذلك .

(مسألة) (وان باعه وشرط البراءة من كل عيب لم يبرأ عنه يبرأ الا أن يكون البائع علم العيب فكتمه) اختلفت الرواية عن أحمد في هذه المسئلة فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب وهو قول الشافعي . وقال ابراهيم والحكم وحاد لا يبرأ إلا لما سمي ، وقال شريح لا يبرأ الا بما أراه أو وضع يده عليه ، وروى عنه أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه يروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت ، وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله ابن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا الى عثمان فقال عثمان لابن عمر تحلف انك لم تعلم بهذا العيب ؟ قال لا فرداه عليه فباعه ابن عمر بألف درهم رواه الامام أحمد ، وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت اجاباً ويتخرج

جری مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه. وان باع عبداً بجارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد وان اعتق أحدها ثم أعتق الآخر نظرت فإن أعتق الامة أولاً نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد وان أعتق العبد أولاً انفسخ البيع ورجع اليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها البائع لها

أن يبرأ من العيوب كلها بالبراءة وحكاه بعض أصحابنا رواية عن أحمد بناء على جواز البراءة من المجهول ، وروي هذا عن ابن عمر ، وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة أن رجلين اختصما في موارث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استهما وتوخيا وليحلل كل واحد منكما صاحبه » وهذا يدل على أن البراءة من المجهول جائزة ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح في المجهول كالطلاق والعناق ولا فرق بين المجهول وغيره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر وقول عثمان قد خالفه ابن عمر فلا يبقى حجة

(فصل) وإذا قلنا بفساد هذا الشرط لم يفسد به البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لما ذكرنا من قضية ابن عمر فإنهم أجمعوا على صحتها فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط. ويكون وجوده كعدمه وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) يفسد بها العقد فيدخل فيها هذا البيع لان البائع انما رضي بهذا الثمن عوضاً عن ماله بهذا الشرط فاذا فسد الشرط فات الرضا به فيفسد البيع لعدم التراضي .

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن باعه داراً أو ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر فالبيع باطل) لانه لا يمكن اجبار البائع على تسليم الزيادة وانما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى الكل وعليه ضرر في الثمرة أيضاً، وعنه أنه صحيح والزيادة للبائع لان ذلك نقص على المشتري فلم يمنع صحة البيع كالمعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة فان رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائداً فللمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ بجميع الثمن المسمى فان رضي بالاخذ أخذ بالعشرة والبائع شريك له بالذراع، وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أولهما) له الفسخ لان عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لا خيار له لانه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فاذا وصل اليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولان هذا الضرر حصل بتغيره واختياره بخلاف مجبره فلا ينبغي أن يسلط به على فسخ عقد المشتري، فان بذلها البائع للمشتري بثمن أو طلبها المشتري بثمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك جاز، وإن بانّت تسعة فالبيع باطل لما ذكرنا وعنه أنه صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له إمساكه إلا بجميع الثمن أو الفسخ بناء على المبيع المعيب عندهم، ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له إمساكه بقسطه من الثمن كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانّت خمسين وسنتين في المعيب أن له إمساكه وأخذ الارش، فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه إنما رضي ببيعها بكل الثمن فاذا لم يصل اليه ثبت له الفسخ، فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبهه ماله اشترى معيماً فرضيه بجميع الثمن وان اتفقا على تعويضه عنه جاز لهما

(فصل) إذا قال لعبد إذا بعتك فأنت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرط الخيار أو لم يشراطه ، وقال أبو حنيفة والثوري لا يعتق لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب

معاوضة فجازت بتواضعها كغيرها

(فصل) وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لأنه لا ضرر في رد الزيادة وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي الكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالكيل فإن وجدها قدر حقه أخذها وإن كانت زائدة رد الزيادة وإن نقصت أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة؟ على وجهين (أحدهما) له الخيار وهو مذهب الشافعي لأنه وجد المبيع ناقصاً فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لا خيار له لأن نقصان القدر ليس بميب في الباقي من الكيل بخلاف غيره

﴿باب الخيار في المبيع﴾

(وهو على سبعة أقسام : أحدها خيار المجلس ويثبت في البيع والصلح بمغناه والاجارة ويثبت في الصرف والسلم وعنه لا يثبت فيهما ولا يثبت في سائر العقود إلا في المساقاة والحوالة والسبق في أحد الوجهين) وجملته أن خيار المجلس يثبت في البيع بمعنى أنه يقع جائزاً ولكل واحد من المتبايعين الخيار في فسخه مادام مجتمعين لم يتفرقا ، وهو قول أكثر أهل العلم يروى ذلك عن عمر وابنه وابن عباس وأبي هريرة وأبي برة ، وبه قال سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وعطاء وطاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ، وقال مالك وأصحاب الرأي يلزم العقد باليجاب والقبول ولا خيار لهما لأنه روي عن عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ولأنه عقد معاوضة فلزم بمجرد كالتكاح والخلع

ولنا ما روى ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا « تباع الرجلان فلكل واحد منهما الخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن غير أحدهما إلا خرفتا بما على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعدان تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » رواه الأئمة ورواه عبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وحكيم بن حزام وأبو ثور الأسلمي ورواه عن نافع عن ابن عمر مالك وأيوب وعبيد الله بن عمر وابن جريج والليث ابن سعد وغيرهم وهو صريح في حكم المسألة وطاب كثير من أهل العلم على مالك مخالفته الحديث مع روايته له وثبوته عنده قال الشافعي لأدري هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً واعظم أن أقول عبد الله بن عمر . وقال ابن أبي ذئب يستتاب مالك في تركه لهذا الحديث . فإن قيل المراد بالتفرق هاهنا التفرق بالأقوال كقوله تعالى (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب إلا من بعد ما جاءتهم البينة) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ستفرق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة » أي بالأقوال والاعتقادات قلنا هذا باطل لوجوه منها أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول ولا اعتقاداً بينهما اتفاق على

الحرية كما لو قال لبعده اذا مت فانت حر ، ولانه علق حريته على فعله للبيع والصادر منه في البيع انما هو الايجاب فتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فيعتق قبل قبول المشتري وعالله القاضي بان الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخيرا ثم باعه لم يعتق ولا يصح هذا التعامل على مذهبنا فاننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

البيع بعد الاختلاف فيه (الثاني) ان هذا يبطل فائدة الحديث اذ قد علم انها بالخيار قبل العقد في انشائه وإتمامه أو تركه (الثالث) انه قال في الحديث « اذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار بعد تباعهما » وقال « وان تفرقا بعد ان تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » (والرابع) انه يردّه تفسير ابن عمر للحديث بفعله فانه كان اذا بايع رجلا مشي خطوات ليلزم البيع وتفسير أبي برزة بقوله مثل قولنا وهما راويا الحديث وأعلم بمعناه وقول عمر البيع صفقة أو خيار معناه ان البيع ينقسم الى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه سواه صفقة لقصر مدة الخيار فيه لانه قد روي عن الحوزجاني مثل مذهبنا ولو أراد ما قالوه لم يحز ان يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم فانه لاحجة في قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن قول الصحابي لا يحتج به اذا خالفه غيره من الصحابة وقد خالفه ابنه وأبو برزة وغيرهما ، ولا يصح قياس البيع على النكاح لان النكاح لا يقع الا بعد رؤية ونظر غالبا فلا يحتاج الى الخيار بعده ولأن في ثبوت الخيار فيه مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد والحاقها بالسلع المبيعة فلم يثبت الخيار لذلك ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم في هذه المسئلة ظاهر لظهور دليله وضعف ما يذكره المخالف في مقابلته

(فصل) ويثبت الخيار في الصلح بمعنى البيع لانه عقد معاوضة أشبه البيع . والهبة اذا شرط فيها عوضاً معلوماً ثبت فيها الخيار في احدى الروايتين بناء على الاختلاف فيها هل تصير بيعاً أو لا ويثبت في الاجارة لانه عقد معاوضة أشبه البيع ويثبت في الصرف والسلم وما يشترط فيه القبض في المجلس كيبيع مال الربا بجنسه في الصحيح لما ذكرنا من الخبر والمعنى . وعنه لا يثبت فيها قياساً على خيار الشرط فانه لا يثبت فيها رواية واحدة لان موضوعها على ان لا يبقى بينها علة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض ، وثبوت الخيار يبقى بينهما علة ولا يثبت في سائر العقود

وهي . على اضرب (أحدها) لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيها خيار لان الخيار انما يثبت لمعرفة الخط في كون العوض جابراً لما يذهب من ماله والعوض هاهنا ليس هو المقصود وكذلك الوقف والهبة بغير عوض ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه

(الضرب الثاني) لازم من أحد طرفيه كالرهن لازم في حق الراهن وحده فلا يثبت فيه خيار لأن المرهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت الخيار والراهن يستغنى بثبوت الخيار له الى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لانهما دخلا متطوعين راضيين بالغبن ، وكذلك المكاتب

(الضرب الثالث) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية فلا يثبت فيها خيار استغناء بجوازها والتمكن من فسخها بأصل وضعها

(الضرب الرابع) ماهو متردد بين الجواز واللازم كالساقاة والمزارعة ، وظاهر المذهب انها جائزان فلا يدخلها خيار ، وقيل هما اجارة فلها حكمها ، والسبق والرمي الظاهر انها جمالة فلا

(فصل) ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار اذا كان الخيار لها أو للبائع وحده لانه يتعلق بها حق البائع فلم يباح له وطؤها كالمهونة ولا نعلم في هذا اختلافاً، فان وطئها فلا حد عليه لان الحد يدراً بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لانها مملوكته ، وان علقت منه فالولد حر يلحقه نسبه لانه من أمته ، ولا يلزمه قيمته وتصير أم ولد له ، وان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لانه نعذر يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد ذكرناه ، فأما الحوالة والأخذ بالشفعة فهو عقد لازم يستقل به أحد المتعاقدين فلا خيار فيهما لأن من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لا يثبت في الآخر كسائر العقود ، ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل والشفيع لانه يقصد فيهما العوض فأشبهها سائر عقود المعاوضات

(مسألة) (ولكل واحد من المتبايعين الخيار ما لم يتفرقا بأبدانهما لما ذكرناه) ولا خلاف في لزوم العقد بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه مثل أن يجد في السلعة عيباً فيردها به أو يكون قد شرط الخيار مدة معلومة فيملك الرد فيها بغير خلاف علمناه بين أهل العلم ، وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيبين بخلافه أو يحجره في المراجعة بشمن حال وهو مؤجل ونحو ذلك وقد دل على لزوم البيع بالتفرق قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » والمرجع في التفرق الى عرف الناس وعاداتهم لأن الشارع علق عليه حكماً ولم يبينه فدل على انه أراد ما يعرفه الناس كالقبض والاحراز ، فان كانا في فضاء واسع كالمسجد الكبير والصحراء فبان يمشي أحدهما مستدبراً لصاحبه خطوات وقيل هو ان يبعد منه بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة . قال أبو الحارث سئل أحمد عن تفرقة الأبدان فقال اذا أخذ هذا هكذا وأخذ هذا هكذا فقد تفرقا . وروى مسلم عن نافع قال فكان ابن عمر اذا باع فأراد أن لا يقيه مشى هنيهة ثم رجع ، وان كانا في دار كبيرة ذات مجالس وبيوت فالفارقة أن يفارقه من بيت الى بيت أو الى مجلس أو صفة أو من مجلس الى بيت ونحو ذلك ، فان كانا في دار صغيرة فاذا صعد أحدهما السطح أو خرج منها فقد فارقه ، وإن كانا في سفينة صغيرة خرج أحدهما منها ومشى ، وإن كانت كبيرة صعد أحدهما الى أعلاها ونزل الآخر في أسفلها وهذا كله مذهب الشافعي ، فان كان المشتري هو البائع مثل أن اشترى لنفسه من مال ولده أو اشترى لولده من نفسه لم يثبت فيه خيار المجلس لانه يتولى طرفي العقد فلم يثبت له خيار كالشفيع ويحتمل أن يثبت فيه كغيره فعلى هذا يعتبر للزومه مفارقة مجلس العقد لأن الافتراق لا يمكن هاهنا لكون البائع هو المشتري ، ومتى حصل التفرق لزم العقد قصداً ذلك أو لم يقصدها علماء أو جهلاء لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الخيار على التفرق وقد وجد ، ولو هرب أحدهما من الآخر لزم العقد لانه فارقه ولا يقف لزوم العقد على رضاها ولهذا كان ابن عمر يفارق صاحبه ليلزم البيع ، ولو أقاما في المجلس وسدلا بينهما سراً أو بنيا بينهما حاجزاً أو ناما وقاما فضيماً جميعاً ولم يتفرقا فالخيار بحاله وان طالت المدة لعدم التفرق ، وقد روى أبو داود والاثرم بأساندهما عن أبي الوضيء قال غزونا غزوة لنا فزلتنا منزلاً فباع صاحب لنا فرساً بغلام ثم أقاما بنية يومها وليتهما فلما أصبحنا من الغد وحضر الرحيل قام الى فرسه يسرجه فقدم فأتى الرجل وأخذه بالبيع فأتى الرجل أن يدفعه اليه فقال بيني وبينك

الفسخ فيها ، ولا يرجع بقيمة ولدها لانه حدث في ملك المشتري ، وان قلنا ان الملك لا ينتقل الى المشتري فلا حد عليه أيضا لان له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك اليه واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له ، والحديدراً بالشبهات وعليه المهر ، وقيمة الولد يكون حكمها حكم غائبا . وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت . فولده رقيق ، وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع ، وقال بعض أصحاب

أبو برزة صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قاتيا أبا برزة في ناحية العسكر فقالوا له هذه القصة فقال أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » ومأرا كما افرقما . فان فارق أحدهما الآخر مكرهاً احتمل بطلان الخيار لوجود التفرق ولانه لا يعتبر رضا في مفارقة صاحبه له فكذلك في مفارقتة لصاحبه ، وقال القاضي لا ينقطع الخيار لانه حكم علق على التفرق فلم يثبت مع الإكراه كما لو علق عليه الطلاق ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، فعلى قول من لا يرى انقطاع الخيار ان أكره أحدهما على فرقة صاحبه انقطع خيار صاحبه كما لو هرب منه وبقي الخيار للمكره منهما في المجلس الذي يزول عنه الإكراه فيه حتى يفارقه ، وان أكرها جميعا انقطع خيارها لان كل واحد منهما ينقطع خياره بتفرقة الآخر له فأشبهه مالوا أكره صاحبه دونه ، وذكر ابن عقيل من صور الإكراه مالوا رأيا سبعا أو ظالما خشياه فهربا فرعا منه أو حملها سيل أو فرقت بينهما ريح . فان خرس أحدهما قامت اشارته مقام نطقه فان لم تفهم اشارته أو جن أو أغمي عليه قام أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو الحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يباحق وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابنا يلحقه لان لها فسخ العقد فكان لها إلحاق الخيار به كالمجلس . ولنا أنه عمدة لازم فلم يصير جائزاً بقولها كالكساح وفارق المجلس فانه جائز لحاز إبقاؤه على جوازه

(فصل) وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « البائع والمبتاع بالخيار حتى يتفرقا الا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقوله « الا أن يكون صفقة خيار » يحتمل أنه أراد البيع المشروط فيه الخيار فانه لا يلزم بتفرقها لكونه ثابتاً بعده بالشرط ، ويحتمل أنه أراد البيع الذي شرط فيه أن لا يكون فيه خيار فيلزم بمجرد العقد من غير تفرق . وظاهر الحديث تحريم مفارقة أحد المتبايعين لصاحبه خشية من فسخ البيع وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية الأثرم فانه ذكر له فعل ابن عمر وهذا الحديث فقال هذا الان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو اختيار أبي بكر ، وقال القاضي ظاهر كلام أحمد جواز ذلك لأن ابن عمر فعله والاول أصح لان قول النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل ابن عمر ، والظاهر ان ابن عمر لم يبلغه هذا ولو علمه لما خالفه

(مسألة) (إلا أن يتبايعا على أن لا خيار بينهما أو يسقطا الخيار بعده فيسقط في إحدى الروايتين ، وان اسقطه أحدهما بقي خيار صاحبه)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان الخيار يمتد الى التفرق ولا يبطل بالتخاير ولا بالاسقاط قبل العقد ولا بعده وهو ظاهر كلام الخزي لان أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » من غير تقييد ولا تخصيص في رواية حكيم بن حزام وأبي برزة

الشافعي له وطؤها لان البيع بنفسه بوطئه . فان كان الملك انتقل رجعت اليه وان لم يكن انتقل انقطع
حق المشتري منها فيكون واطئا لمملوكه التي لاحق لغيره فيها

ولنا ان الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها لقول الله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم
فانهم غير مملوكين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان ابتداء الوطء يقع في غير ملكه

واكثر الروايات عن عبدالله بن عمرو . والتقييد انما هو في حديث ابن عمر ، ومتى انفرد به بعض الرواة
بزيادة قدم قول الاكثرين وذوي الضبط (والرواية الثانية) ان الخيار يبطل بالتخاير اختارها ابن
أبي موسى وهذا مذهب الشافعي وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث
ابن عمر « فان خير احدهما صاحبه فبنايما على ذلك فقد وجب البيع » يعني لزم ، وفي لفظ المتبايعان
بالخيار ما لم يتفرقا الا ان يكون البيع كان عن خيار ، فان كان البيع عن خيار فقد وجب البيع « متفق
عليه . والاخذ بالزيادة اولى وهي صريحة في الحكم ، والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد
فالتخاير في ابتدائه ان يقول بتك ولا خيار يننا ويقبل الا خر على ذلك فلا يكون لها خيار ، والتخاير
بعده ان يقول كل واحد منهما بعد العقد اخترت امضاء العقد والزامه او اخترت العقد او اسقطت
خياره فيلزم العقد من الطرفين ، وان اختار احدهما دون الآخر لزم في حقه وحده كما لو كان خيار
الشرط فاسق منه احدهما ، وقال اصحاب الشافعي في التخاير في ابتداء العقد قولان اظهرهما لا يقطع
الخيار لانه اسقاط للحق قبل سببه فلم يحز كخيار الشفعة ، فلي هذا هل يبطل به العقد ؟ على وجهين
بناء على الشروط الفاسدة . ولما ما ذكرنا من حديثي ابن عمر وذلك صريح في الحكم فلا نعول على
ما خالفه ولان ما أثر في الخيار في المجلس أثر فيه مقارناً للعقد كاشتراط الخيار ولانه أحد الخيارين في
البيع فجاز اخلاؤه عنه كخيار الشرط ، وقولهم انه اسقاط للخيار قبل سببه ممنوع فان سبب الخيار البيع
المطلق ، فأما البيع مع التخاير فليس سبباً له ثم لو ثبت أنه سبب للخيار لكن المانع مقارن له فلم يثبت
حكمه ، والشفعة لنا فيها منع وان سلم فالفرق بينهما ان الشفيع أجبي من العقد فلم يصح اشتراط اسقاط
خياره في العقد بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان قال أحدهما لصاحبه اختر ولم يقل الآخر شيئاً فالساكت على خياره لانه لم يوجد
منه ما يبطله وأما القائل فيحتمل أن يبطل خياره لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «البيعان
بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر » رواه البخاري ولانه جعل لصاحبه ما ملكه من
الخيار فسقط خياره وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحتمل أن لا يبطل خياره لانه خيره فلم يختر فلم يؤثر
كما لو جعل لزوجه الخيار فلم تختري شيئاً ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار ، والاول اولى لظاهر الحديث
ولانه جعل الخيار لغيره ويفارق الزوجة لانه ملكها مالا تملك فإذا لم تقبل سقط وههنا كل واحد منهما
يملك الخيار فلم يكن قوله تملكاً انما كان اسقاطاً فسقط

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني خيار الشرط وهو أن يشترط في العقد خيار مدة معلومة فيثبت
فيها وان طالت) هذا قول أبي يوسف ومحمد وابن المنذر وحكي ذلك عن الحسن بن صالح وابن أبي
لبلى واسحاق وأبي ثور وأجازاه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل اليها في

فيكون حراماً ، ولو انسخ البيع قبل وطئه لم تحل له حتى يستبرئها ولا يلزمه حد ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال بعض أصحابنا إن علم التحريم وإن ملكه قد زال ولا يفسخ بالوطء فعليه الحد وذكر أن أحمد نص عليه لأن وطئه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك

ولنا أن ملكه يحصل بإبداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك

أقل من أربعة أيام لأن الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبان جعل له الخيار ثلاثة أيام إن رضي أخذ وإن سخط ترك. ولأن الخيار ينافي مقتضى البيع لأنه يمنع الملك والزوم وإطلاق التصرف ، وإنما جاز للحاجة لحاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فقال تمتعوا في داركم ثلاثة أيام - بعد قوله - فياخذكم عذاب قريب)

ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه كالاجل ولم يثبت ما روي عن عمر رضي الله عنه وقد روي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فأنها لا يمكن ضبط الحكم بها لحفائها واختلافها وإنما يرتبط بمظنتها وهو الإقدام فانه صالح أن يكون ضابطاً وربط الحكم به في الثلاث وفي السلم والأجل ، وقول الآخرين إنه ينافي مقتضى البيع لا يصح لأن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعديده الحكم لتعدي ذلك المعنى (مسألة) (ولا يجوز مجهولاً في ظاهر المذهب ، وعنه يجوز وهما على خيارهما ما لم يقطعهما أو تنتهي مدته)

إذا شرط الخيار أبداً أو متى شاء ، أو قال أحدها ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقدوم زيد أو نزول المطر أو مشاورة إنسان ونحو ذلك لم يصح في الصحيح من المذهب هذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعهما أو تنتهي مدته إن كان مشروطاً إلى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون على شروطهم وقال مالك يصح ويضرب لها مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لأن ذلك مقرر في العادة فإذا أطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة إن اسقطا الشرط قبل مضي الثلاث أو حذفوا الزائد عليها وبينامدته صح لانهما حذفوا المفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصح كما لو لم يشترطاه

ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فلا تجوز مع الجهالة كالأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصح كما لو قال بعثك بشرط أن لا تصرف ، وقول مالك أنه يرد إلى العادة لا يصح فانه لا عادة في الخيار يرجع إليها واشتراطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فإن المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فإن كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطناه وإن كان فاسداً لم ينقلب صحيحاً كبيع درهم بدرهمين إذا حذف أحدهما ، وإذا قلنا يفسد الشرط هل يفسد به البيع ؟ على روايتين

(إحداهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لأنه عقد قارنه شرط فاسد ككنكاح الشغار ، ولأن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري إنما رضي ببذله هذا الثمن فيه مع الخيار في فسحه فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزمناه ما لم يرض به ولأن الشرط يأخذ قسطاً من الثمن فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد به

له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت؟ مع أنه محتمل أن يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها فيما اذا مشطها أو خضبها أو حفها فبوضع يده عليها للججاج وليس فرجها بفرجه أولى فعلى هذا يكون ولده منها حراً ونسبه لاحق به ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه

العقد (والثانية) لا يفسد به العقد وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ولأن العقد قد تم بأركانه والشرط زائد فاذا فسد و زال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشترط

(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لانه يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولاً ، ويحتمل أن يصح لان ذلك يتفاوت في المادة ولا يكسر تفاوته ، وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوماً صح ، وان أراد نفس العطاء فهو مجهول

(فصل) وان شرطاً الخيار شهراً يوماً يثبت ويوماً لا ، فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لانه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ، ويحتمل ان يبطل الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد بعضه فسد جميعه كما لو شرطه الى الحصاد

(مسئلة) (ولا يثبت الا في البيع والصلح بمعناه والاجارة في الذمة أو على مدة لاتلي العقد) لانهم خلافاً في ثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا يشترط فيه القبض في المجلس وكذلك الصلح بمعنى البيع لانه بيع بلفظ الصالح والهبة بموضع على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب ونحوه لان الاجارة يسم المنافع فاشبهت بيع الاعيان ، فاما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي إلى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو استبقائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز وهذا مذهب الشافعي ، وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها خيار الشرط قياساً على البيع ، وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، فان كانت المدة لاتلي العقد يثبت فيها خيار الشرط اذا كانت مدة الخيار لاتشتمل على شيء من مدة العقد فان كانت بعض مدة العقد تدخل في مدة الخيار لم يجز لما ذكرنا

(مسئلة) (وان شرطاه إلى الغد لم يدخل في المدة) وهذا مذهب الشافعي ، وغنه يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لان إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وايديكم إلى المرافق * ولاتأكلوا أموالهم إلى أموالكم) والخيار ثابت يقيان فلا يزيله بالشك

ولنا أن موضوع (إلى) لانتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله تعالى (ثم آثموا الصيام إلى الليل) وكلاً جل وليس ههنا شك فان الاصل حمل اللفظ على موضوعه فكان الواضح قال متى سمعتم هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية . وفيما استشهدوا به حملت إلى على معنى مع بدليل ، أو لتعذر حملها على موضوعها ولان الادل لزوم العقد وإنما خولف فيها اقتضاء الشرط فيثبت ما تيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وان شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح ، وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تنغم فلا يعلم وقت طلوعها ، ولنا أنه تعاقب للخيار بامر ظاهر معلوم فصح كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس برزها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو عاق طلاق

وتصير الامة أم ولده ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق ولا يلحقه نسبه فان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير الامة أم ولده لانه وطئها في غير ملكه (فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع صار كأنه أقرضه إياه . ولنا ان هذا حكم من أحكام البيع لحاز في مدة الخيار كالأجارة وما ذكره لا يصح لأننا لم نجز له التصرف فيه

امراته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع ببروزها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو ملقه بفروها ففتح الغيم المعرفة بوقته ، ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خياراً مجهولاً

(مسئلة) (وان شرطاه مدة فابتدأها من حين العقد ويحتمل أن يكون من حين التفرق)

إذا شرط الخيار مدة معلومة اعتبرنا مدة الخيار من حين العقد في أظهر الوجهين والآخر من حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حقاً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لها فيه الزيادة والنقصان فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه والاول أصح لانها مدة ملحقة بالعقد فأشبهت الاجل ، ولان الاشتراط سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالملك في البيع ولنا لو جعلنا ابتداءها من حين التفرق أدى إلى جهالة لانا لانعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداءه ولا وقت انتهائه ، ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتحريم الوطء بالصيام والاحرام ، فعلى هذا لو شرط ابتداءه من حين التفرق لم يصح إلا على قولنا بصحة الخيار المجهول ، وان قلنا ابتداءه من حين التفرق فشرط ثبوته من حين العقد صح لانه معلوم الابتداء والانهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان خيار المجلس يعني عن خيار آخر فيمنع ثبوته والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرنا

(مسئلة) (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلاً له فيه) إذا شرط الخيار لأجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره فيه وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي قولان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لان الخيار شرع لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له ، وان جعل الأجنبي وكيلاً صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطها ويفوض اليها وقد أمكن تصحيح شرطها وتنفيذ تصرفها على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع امكان تصحيحه لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المسلمون على شروطهم» فعلى هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط له الخيار الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الأجنبي ، وان كان العاقد وكيلاً فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وان شرطه للمالك صح لانه المالك والحظ له ، وان شرطه لأجنبي ابنه بنى الروايتين في صحة توكيل الوكيل

(فصل) ولو قال بعثك على أن استأمر فلانا أو حد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وان لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول فيه من الخلاف ما ذكرناه

(فصل) قول الخرقى «أو مات» الظاهر أنه أراد العبد ورد الضمير إليه وهو في معنى قوله أو تلفت السلعة، ويحتمل أنه رد الضمير إلى المشتري وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار لأن موت العبد قد تناوله بقوله أو تلفت السلعة والحكم في موت البائع والمشتري واحد، والمذهب أن خيار الميت منهما يبطل بعونه ويبقى خيار الآخر بحاله إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون

(مسئلة) (وان شرطا الخيار لاحدهما دون صاحبه صح)

يجوز شرط الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ويجوز أن يشترط لاحدهما مدة وللاخر دونها لأن ذلك حقهما وأما جواز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار وبين مبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة وبالا شفعة فيه فانه يصح ويكون كل واحد منهما مبيعا بقسطه من الثمن فان فسخ البيع فيما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كما لو وجد أحدهما مبيعا فرده، وان شرط الخيار في أحدهما لابعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لابعينه لم يصح لانه مجهول فأشبهه بالواشترى واحداً من عبيدين لابعينه، ولانه يفضي الى التنازع فربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعي أنه المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا كله مذهب الشافعي

(مسئلة) (ولمن له الخيار الفسخ بغير حضور صاحبه ولا رضاه)

وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه كالوديعة. ولنا أنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضاه فلم يفتقر إلى حضوره كالإطلاق، وما ذكره ينتقض بالإطلاق، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(مسئلة) (فإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما)

إذا انقضت مدة الخيار وا يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لأن مدة الخيار ضربت لحق له لاحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كفضي الاجل في حق المولي. ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل، ولأن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطها فيها والشرط يثبت الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كسائر المؤقتات، ولأن البيع يقتضي لزوم وأما يختلف موجه بالشرط ففما لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لزوال المعارض كما لو أمضياه. وأما المولي فإن المدة انما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فان قال أحد المتعاقدين عند العقد (لا خلافة) فقال أحمد: أرى ذلك جائزاً وله الخياران

كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار. وذلك لأن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخذع في البيع فقال «إذا بايعت فقل لا خلافة» متفق عليه ولمسلم «من بايعت فقل لا خلافة» فكان إذا بايع يقول لا خلافة قال شيخنا ويحتمل أن لا يكون له خيار ويكون هذا الخبر خاصاً بحبان لانه روي أنه عاش إلى زمن عثمان فكان

لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ، ويتخرج أن الخيار لا يبطل وينتقل إلى ورثته لأنه حق مالي فينتقل إلى الوارث فلاجل وخيار الرد بالعيب ولأنه حق فسخ للبيع فينتقل إلى الوارث كالرد بالعيب والفسخ بالتعاقف وهذا قول مالك والشافعي . ولنا أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

يباع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثاً وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي ﷺ جعل الخيار لمن قال لاختلاصة ، وقال بعض الشافعية إن كانا عالين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ولن علم أحدهما دون الآخر فملى وجهين لأنه روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لا يزال يغبن فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فقال « إذا أنت بايعت فقل لا خلاصة ثم أنت في كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت أمسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق غيره ما لم يقم على اختصاصه دليل ، ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقاً ولا يقتضي تقييده بثلاث والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه ، والخبر الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلًا وهم لا يرون المرسل حجة ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا إنه في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً ولا يعلم ذلك أحد لان اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه مالا يقتضيه ولا يدل عليه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما رويناؤه ولأنه كان ثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه .

(فصل) إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لأنه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء ويقول لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز إذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فإن لم يكن أراد هذا فلا بأس . قيل لأبي عبدالله فإن أراد إرفاقه أراد أن يقرضه مالا ، يخاف أن يذهب فاشترى منه شيئاً وجعل له الخيار لم يرد الحيلة ، فقال أبو عبدالله هذا جائز إلا أنه إذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته . وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينفع إلا باتلافه أو على أن المشتري لا ينفع بالمبيع في مدة الخيار لثلاث يفضي إلى أن القرض جر منفعة

(مسألة) (وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين)

ينتقل الملك في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب ولا فرق بين كون الخيار لهما أو لاحدهما أيهما كان وهو أحد أقوال الشافعي وعن أحمد أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما أو للبائع وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لان البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر فلم ينتقل الملك كالهبة قبل القبض ، ولا شافعي قول ثالث أن الملك موقوف فإن أمضيا البيع تبين أن الملك للمشتري وإلا تبين أنه لم ينتقل عن البائع

ولنا قول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال فإله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » وقوله « من

(مسئلة) قال: (واذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده الأبعب أو خيار) لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « وان تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وقوله «البيعان بالخيار حتى يتفرقا» جعل التفرق غاية للخيار وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها إلا أن يجد بالسلعة عيباً فبردها به أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة فيملك الرد أيضاً. ولا خلاف بين أهل العلم

بأنه إذا تخلل بعد أن يؤبر فشره للبائع إلا أن يشترطه المبتاع « متفق عليه ، فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه وهو عام في كل بيع ، ولأنه يبيع صحيح فنقل الملك عقيب كالأذى لا خيار فيه ، ولأن البيع عليك بدليل أنه يصح بقوله ملكتك فيثبت به الملك كسائر البيع لأن التملك يدل على نقل الملك إلى المشتري ويقتضيه لفظه وقد اعتبره الشرع وقضى بصحته فوجب اعتباره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه وثبوت الخيار فيه لا ينفيه كما لو باع عرضاً بعوض فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيباً ، وقولهم إنه قاصر غير صحيح وجواز فسخه لا يوجب قصوره ولا يمنع نقل الملك فيه كبيع المعيب ، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير فلا يمنع ثبوت الملك كالمرهون ، وقولهم إنه يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري لا يصح لأنه يفضي إلى وجود ملك بغير مالك وهو محال وبفضي أيضاً إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري ، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه وكون العقد معاوضة يأنى ذلك ، وقول أصحاب الشافعي إن الملك موقوف إن أمضيا البيع تبين أنهما انتقل وإلا فلا غير صحيح فإن انتقال الملك إنما ينبغي على سببه انتقال وهو البيع وذلك لا يختلف بامضائه وفسخه ، فإن امضاءه ليس من المقتضي ولا شرطاً فيه إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله والفسخ ليس بانتم فان المنع لا يتقدم المانع كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه ، ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقبه فيما إذا لم يفسخ فوجب أن يثبت وإن فسخ كبيع المعيب وهو ظاهر إن شاء الله تعالى (مسئلة) (فما حصل من كسب أو ثناء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخه)

ما يحصل من غلات المبيع وثنائه في مدة الخيار فهو للمشتري أمضيا العقد أو فسخه ، قال أحمد فيمن اشترى عبداً وذهب له مال قبل التفرق ثم اختار البائع العبد فالملك للمشتري ، وقال الشافعي إن أمضيا العقد وقلنا الملك للمشتري أو موقوف فالثناء المنفصل له ، وإن قلنا الملك للبائع فالثناء له وإن فسخا العقد وقلنا الملك للبائع أو موقوف فالثناء له والا فهو للمشتري

ولنا قول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» قال الترمذي هذا حديث صحيح وهذا من ضمان المشتري فيجب أن يكون خراجه له ، ولأن الملك ينتقل بالبيع على ما ينافي فيجب أن يكون ثناؤه للمشتري كما بعد انقضاء الخيار ويتمخرج أن يكون الثناء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد بناء على قولنا إن الملك لا ينتقل ، وأما الثناء المتصل فهو تابع للمبيع بكل حال كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة

(فصل) وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه أو لم يكن مكايلاً ولا موزوناً فإن تلف أو نقص أو حدث به عيب في مدة الخيار فهو من ضمانه لأنه ملكه وغلته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار وموئته عليه ، وإن كان عبداً فهل هلال شوال ففطرته عليه لذلك ، وإن اشترى حاملاً فولدت عنده في مدة الخيار ثم ردها على البائع لزمه رد ولدها لأنه مبيع حدث فيه زيادة منفصلة فلزم رده

في ثبوت الرد بهذين الأمرين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون على شروطهم » استشهد به البخاري وفي معنى العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن فيتبين بخلافه فيثبت له الخيار أيضاً ويقرب منه ما لو أخبره في المراجعة في الثمن أنه حال فإن مؤجلاً ونحو هذا ونذكر هذا في مواضعه .

بزيادته كما لو اشترى عبيدين فسمن أحدهما عنده ، وقال الشافعي في أحد قولي لا يرد الولدان الحمل لا حكم له لانه جزء متصل بالأم فلم يأخذ قسطاً من الثمن كأطرافها . ولنا أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلاً يقسط عليه إذا كان متصلاً كاللبن وما قالوه يبطل بالجزء المشاع كالثلث والرابع ، والحكم في الأصل ممنوع ثم يفارق الحمل الأطراف لانه يؤول الى الانفصال وينتفع به منفصلاً ويصح إفراده منفصلاً والوصية به وله ، ويرث إن كان من أهل الميراث ويفرد بالدية وهرثا ورثته وقولهم لا حكم للحمل لا يصح لهذه الأحكام وغيرها مما قد ذكرناه

(مسئلة) (وليس لواحد من المتبايعين التصرف في المبيع في مدة الخيار إلا بما يحصل به تجربة المبيع)
أما لم يحز لواحد منها التصرف في المبيع في مدة الخيار لانه ليس بملك للبائع فيتصرف فيه ولا انقطعت عنه غلته فيتصرف فيه المشتري فأما تصرفه بما يحصل به تجربة المبيع كركوب الدابة لينظر سيرها ، والطحن على الرحى ليعلم قدر طحنها ، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها ونحو ذلك فيجوز لأن ذلك هو المقصود بالخيار وهو اختبار المبيع

(مسئلة) (فان تصرفاً فيه ببيع أو هبة أو نحوه لم ينفذ تصرفها)

إذا تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفاً ينقل الملك كالبيع والهبة والوقف أو يستغله كالاجارة والزويج والرهن والكتابة ونحوها لم يصح تصرفه إلا العتق على ما ذكره سواء جد تصرف من البائع أو المشتري لأن البائع تصرف في غير ملكه والمشتري يسقط حق البائع من الخيار واسترجاع المبيع فلم يصح تصرفه فيه كالتصرف في الرهن إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فينفذ تصرفه ويبطل خياره لانه لا حق لغيره فيه وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه كالبيع ، قال أحمد إذا اشترط الخيار فبأه قبل ذلك ببيع فالربح للبائع لانه قد وجب عليه حين عرضه يعني بطل خياره ولزمه وهذا فيما إذا اشترط الخيار له وحده ، وكذلك إذا قلنا إن البيع لا ينقل الملك وكان الخيار لهما أو للبائع وحده فتصرف فيه البائع نفذ تصرفه وصح لانه ملكه وله ابطال خيار غيره ، وقال ابن أبي موسى في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان (إحداهما) لا يصح لأن في صحته إسقاط حق البائع من الخيار (والثانية) هو موقوف فان تفرقا قبل الفسخ صح ، وإن اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري قال أحمد في رواية أبي طالب إذا اشترى ثوباً بشرط فبأه ببيع قبل انقضاء الشرط رده إلى صاحبه إن طلبه فان لم يقدر على رده فللبائع قيمة الثوب لانه استهلك ثوبه أو يصالحه . فقوله يردده إن طلبه يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه ، وقد روى البخاري عن ابن عمر أنه كان مع رسول الله ﷺ في سفر فكان على بكر صعب لعمر فكان يتقدم النبي ﷺ فيقول له أبوه لا يتقدم النبي ﷺ أحد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « بعنيه » فقال عمر فهو لك ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد الله ابن عمر فاضع به ما شئت » وهذا يدل على التصرف قبل التفرق ، والاول أصح وحديث ابن عمر ليس فيه

(فصل) ولو ألحقا في العقد خياراً بعد لزومه لم يلحقه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة واصحابه يلحقه لان لهما فسخ العقد فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس ، ولنا أنه عقد لازم فلم يصح جائزاً بقولهما كالنكاح وفارق حال المجلس لانه جائز

تصريح بالبيع فان قول عمر هو لك يحمل على أنه أراد هبته وهو الظاهر فانه لم يذكر ثمناً والهبه لا يثبت فيها الخيار ، وقال الشافعي تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبه ونحوها صحيح لانه اما أن يكون على ملكه فيملك العقد عليه ، وإما أن يكون للمشتري والبائع يملك فسخه ، فجعل البيع والهبه فسخاً وأما تصرف المشتري فلا يصح اذا قلنا الملك لغيره وإن قلنا الملك له ففي صحة تصرفه وجهان

ولنا على أبطال تصرف البائع أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية ولا نيابة عرفية فلم يصح كما بعد الخيار ، وقولهم يملك الفسخ قلنا إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه فلم يصح كتصرف الاب فيما وهبه لولده قبل استرجاعه وتصرف الشقيق في الشقص المشفوع قبل اخذه

(فصل) فان تصرف المشتري باذن البائع أو البائع بوكالة المشتري صح التصرف وانقطع خيارهما لانه يدل على تراضيها بامضاء البيع فينقطع به خيارهما كما لو تخاريا ، وأما صح تصرفهما لان قطع الخيار حصل بالاذن في البيع فيقع بعد البيع انقطاع الخيار ويحتمل أن لا يصح تصرف البائع باذن المشتري لان البائع لا يحتاج الى إذن المشتري في استرجاع المبيع فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري وقد ذكرنا أنه لا يصح كذا ههنا ، وكل موضع قلنا ان تصرف البائع لا ينفذ ولكن يفسخ به البيع فانه متى أعاد ذلك التصرف أو تصرف تصرفاً سواه صح لان الملك عاد اليه بفسخ البيع فصح تصرفه فيه كما لو فسخ البيع بصريح قوله ثم تصرف فيه الا اذا قلنا ان تصرفه لا يفسخ به البيع وكذلك ان تقدم تصرفه بما يفسخ به البيع صح تصرفه لما ذكرنا

(مسألة) (ويكون تصرف البائع فسخاً للبيع وتصرف المشتري اسقاطاً لخياره في أحد الوجهين وفي الآخر البيع والخيار بحالهما ، وان استخدم المبيع لم يبطل خياره في أصح الوجهين وكذلك ان قبلته الجارية ويحتمل أن يبطل اذا لم يمنعها)

اذا تصرف البائع في المبيع بما يقتدر إلى الملك كان فسخاً للبيع وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان تصرفه يدل على رغبته في المبيع فكان فسخاً للبيع كصريح القول لان الصريح اما كان فسخاً للبيع لدلالته على الرضا به فادل على الرضا به يقوم مقامه ككنايات الطلاق ، وعن احمد رواية أخرى لا يفسخ البيع بذلك لان الملك انتقل عنه فلم يكن تصرفه فيه استرجاعاً له كمن وجد متاعه عند مفلس فنصرف فيه ، وان تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار بما ذكرنا ونحوه مما يختص الملك كاعتاق العبد وكتأبته ووطء الجارية ومباشرتها ولبسها بشهوة ووقف المبيع وركوب الدابة لحاجته أو سكنى الدار وردها وحصاد الزرع فما وجد من هذا فهو رضا بالمبيع ويبطل به خياره لان الخيار يبطل بالتصريح بالرضى وبدلالته ولذلك بطل خيار المعتقة بتمكينها من نفسها وقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان وطئت فلا خيار لك » وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ، فأما ما يستعمل به المبيع كركوب الدابة ليختبر فراستها والطخن على الرحى ليعلم قدره ونحو ذلك فلا يدل على الرضا ولا يبطل به الخيار لانه

(فصل) وكلام الحرقى يحتمل أن يريد به يوع الاعيان المرثية فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خياراً فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره وفي بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه. وهذا قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي ومالك وإسحاق وهو أحد قولي الشافعي، وفي رواية أخرى أنه يصح وهو مذهب أبي حنيفة والقول

المقصود بالخيار وفيه وجه آخر أن تصرف المشتري لا يبطل خياره ولا يبطل إلا بالتصريح كما لو ركب الدابة ليختبرها، والأول أصح لأن هذا يتضمن إجازة البيع وبدل على الرضى به فيبطل به الخيار كصريح القول، ولأن صريح القول إنما يبطل به الخيار لدلالته على الرضى فما دل على الرضى بالمبيع يقوم مقام القول ككنايات الطلاق، وإن عرضه على البيع أو باعه بيعاً فاسداً، أو عرضه على الرهن، أو وهبه فلم يقبل الموهوب له بطل خياره على الوجه الأول لأن ذلك يدل على الرضى به، قال أحمد إذا شرط الخيار فباعه قبل ذلك بريم فالرجح للبتاع لأنه وجب عليه حين عرضه

(فصل) وإن استخدم المشتري المبيع ففيه روايتان (أحدها) لا يبطل خياره، قال أبو الصقر قلت لأحمد رجل اشترى جارية وإنه الخيار فيها يومين فانطلق بها ففسدت رأسه أو غزرت رجله أو طبخت له أو خبزت هل يستوجبها بذلك؟ قال لا حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت فإن مشطها أو خضبها أو حفها هل استوجبها بذلك؟ قال قد بطل خياره لأنه وضع يده عليها. وذلك لأن الاستخدام لا يختص الملك ويراد به تجربة المبيع فأشبهه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب عن أحمد أنه يبطل خياره لأنه انتفاع بالمبيع أشبه لمسها بشهوة. ويمكن أن يقال ما قصد به من الاستخدام تجربة المبيع لا يبطل الخيار كركوب الدابة ليعلم سيرها ومالا يقصد به ذلك يبطل الخيار كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت التجارية المشتري لم يبطل خياره وهذا مذهب الشافعي، ويحتمل أن يبطل ذكره أبو الخطاب إذا لم يمنعها لأن إقراره لها على ذلك يجري مجرى استمناعه بها، وقال أبو حنيفة إن قبلته بشهوة بطل خياره لأنه استمتع بالملك فأبطل خياره كما لو قبلها

ولما أنها قبلت لأحد المتعاقدين فلم يبطل خياره كما لو قبلت البائع ولأن الخيار له لهما فلو الزمناه بفعلها لآلزمناه بغير رضاه ولا دلالة عليه بخلاف ما إذا قبلها فإنه يدل على الرضى بها، ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه خيار البائع باق بحاله لأن خياره لا يبطل برضى غيره إلا أن يكون تصرف باذن البائع وقد ذكرناه (مسألة) (وإن أعتقه المشتري نفذ عتقه وبطل خيارها، وكذلك إن تلف المبيع، وعنه لا يبطل

خيار البائع وله الفسخ والرجوع بالقيمة)

إذا تصرف أحد المتعاقدين بعتق المبيع في مدة الخيار نفذ عتق من حكنا بالملك له، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري فنفذ عتقه سواء كان الخيار لها أو لاحدها لأنه عتق من مالك جائز التصرف فنفذ كما بعد المدة وقول النبي صلى الله عليه وسلم «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك ومالك ابتاع الفسخ لا يمنع نفوذ العتق من المشتري كما لو باع عبداً تجارية معينة فإن عتق المشتري ينفذ مع أن للبائع الفسخ. ولو وهب رجل ابنه عبداً فاعتقه نفذ عتقه مع ملك الاب استرجاعه ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي ينفذ عتقه لأنه ملكه، وإن كان الملك أثقل فإنه يسترجعه بالعتق، ولنا أنه اعتاق من غير مالك فلم ينفذ كعتق الاب عبداً

الثاني للشافعي ، وهل ثبت للمشتري خيار الرؤية ؟ بحروايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبي حنيفة . واحتج من أجازوه بعموم قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وروي عن عثمان وطلحة أنها بائعا داريهما بالكوفة والاخرى بالمدينة فقيل لعثمان إنك قد غبت فقال ما بأبالي لأنني بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره ، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة وهذا اتفاق منهم على صحة البيع

الذي وهبه إياه ، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري ، وإن قلنا بالرواية الاخرى وإن الملك لم ينتقل إلى المشتري نفذ عتق البائع دون المشتري ، وإن أعتق البائع والمشتري جميعاً فإن تقدم عتق المشتري فالحكم على ما ذكرناه . وإن تقدم عتق البائع فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما لأن البائع لم ينفذ عتقه لكونه أعتق غير مملوكه ، ولكن حصل باعتاقه فسخ البيع واسترجاع العبد فلم ينفذ عتق المشتري ، ومتى أعاد البائع الاعتراف مرة ثانية نفذ اعتاقه لأنه عاد العبد إليه أشبه ما لو استرجعه بصرح قوله إلا على الرواية التي تقول إن تصرف البائع لا يكون فسخاً للبيع فينبغي أن ينفذ اعتاق المشتري . ولو اشترى من يعتق عليه جرى مجرى اعتاقه بصريح قوله وقد ذكرنا حكمه ، وإن باع عبداً تجارية بشرط الخيار فاعتقها نفذ عتق الامة دون العبد ، وإن أعتق أحدها ثم أعتق الآخر نظرت فإن أعتق الامة أولاً نفذ عتقها وبطل خياره ولم ينفذ عتق العبد ، وإن أعتق العبد أولاً انفسخ البيع ورجع إليه العبد ولم ينفذ اعتاقه ولا ينفذ عتق الامة لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه وعادت إلى سيدها الذي باعها .

(فصل) وإذا قال لعبده إذا بعتك فانت حر ثم باعه صار حراً نص عليه أحمد ، وبه قال الحسن وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وسواء شرطاً الخيار أو لم بشرطه ، وقال أبو حنيفة واشوري لا يعتق لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه فلم ينفذ اعتاقه له ، ولنا أن زمن انتقال الملك زمن الحرية لأن البيع سبب لنقل الملك وشرط للحرية فيجب تغليب الحرية كما لو قال لعبده إذا مت فأنت حر ولأنه علق حرته على فعله للبيع ، والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب فتى قال للمشتري بعتك فقد وجد شرط الحرية فاعتق قبل قبول المشتري وعمله الفاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع فلا ينقطع تصرفه فيه فعلى هذا لو تخاير ثم باعه لم يعتق ، ولا يصح هذا التعليل على مذهبننا لأننا قد ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ اعتاقه

(فصل) وإذا أعتق المشتري العبد بطل خياره وخيار البائع ، وهذا اختيار الحنفي كما لو تلف المبيع على ما ذكره ، وفيه رواية أخرى أنه لا يبطل خيار البائع لقول النبي ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فعلى هذه الرواية له الفسخ والرجوع بالفدية يوم العتق

(فصل) وإن تلف المبيع في مدة الخيار فلا يخلو إما أن يكون قبل القبض أو بعده فإن كان قبل القبض وكان كميلاً أو موزوناً انفسخ البيع ، وكان من مال البائع ولا نعلم في هذا خلافاً إلا أن ينقله المشتري فيكون من ضمانه ، ويبطل خياره وفي خيار البائع روايتان وإن كان المبيع غير المكمل والموزون فلم يمنع البائع والمشتري من قبضه فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ويكون كتلفه بعد القبض ، وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار فهو من ضمان المشتري ويبطل خياره ، وفي خيار البائع روايتان (إحداهما) يبطل وهو اختيار الحنفي وأبي بكر لأنه خيار فسخ فبطل بتلف

ولأنه عقد معاوضة فلم تقتصر صحته الى رؤبة المعقود عليه كالسكاح. ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الغرر رواء مسلم ولأنه باع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح كبيع الثوى في التمر ولأنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم والآية مخصوصة بالأصل الذي ذكرناه. وأما حديث عثمان وطائفة فيحتمل أنهما تبايعا بالصفة على أنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف ولا يعارض به حديث

المبيع كخيار الرد بالمعيب إذا تلف المعيب (وإثباته) لا يبطل وللبائع الفسخ وبطاب المشتري بقيمته أو مثله إن كان مثليا اختارها القاضي وابن عقيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» ولأنه خيار فسخ فلم يبطل بتلف المبيع كما لو اشترى ثوباً بثوب فتلّف أحدهما ووجد الآخر بالثوب عيباً فإنه يردّه ويرجع بقيمة ثوبه كذا ههنا

(مسئلة) (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين وفيه وجه آخر أنه كالمعقود لأنه تصرف يبطل الشفعة فأشبه العتق)

والصحيح أن حكمه حكم البيع فيها ذكرنا لأن المبيع يتعلق به حق البائع فقلنا بمنع جواز التصرف منع صحة الوقف كالرهن ويفارق الوقف العتق لأنه مبني على التغليب والسرارية بخلاف الوقف ولا نسلم أن الوقف يبطل الشفعة والله أعلم

(مسئلة) (وان وطء المشتري الجارية فأجلها صارت أم ولد له وولده حر ثابت بالنسب) لا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لها أو للبائع وحده لأنه يتعلق بها حق البائع فلم يصح وطؤها كالمهرونة ولا نعلم في هذا خلافاً، فان وطئها فلا حد عليه لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى ولا مهر لها لأنها مملوكة، وإن علق منه فالولد حر يلحقه نسبه لأنه من أمته ولا يلزمه قيمته لذلك وتصير أم ولد له، فان فسخ البائع البيع رجع بقيمتها لأنه تعذر الفسخ فيها ولا يرجع بقيمة ولدها لأنه حدث في ملك المشتري، وإن قلنا إن الملك لا ينتقل إلى المشتري فلا حد عليه أيضاً لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه فيها، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له، والحد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وقيمة الولد وحكمها حكم غائهما، وان علم التحريم وان ملكه غير ثابت فولده رقيق

(مسئلة) (وان وطئها البائع وقلنا البيع يفسخ بوطئه فكذلك، وان قلنا لا يفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له ولا حد فيه على كل حال)

وقال أصحابنا عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا يفسخ بوطئه وهو المنصوص، وأما البائت فلا يحل له أنوطه قبل فسخ البيع، وقال بعض الشافعية له وطئها لأن البيع يفسخ بوطئه فان كان الملك انتقل رجعت إليه، وان لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها ويكون باطلاً لمملوكته التي لاحق لغيره فيها، ولنا أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطئها لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فلهن غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولأن ابتداء الوطء يقع في غير ملكه حراماً، ولو انفسخ البيع قبل وطئه لم يحل حتى يستبرأ ولا حد عليه، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي، وقال بعض أصحابنا إن علم التحريم وإن ملكه قد زال ولا يفسخ الوطء فعليه الحد، وذكر أن أحمد نص عليه لأنه لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك. ولنا أن ملكه

رسول الله ﷺ وانكاح لا يقصد منه المعاوضة ولا يفسد بفساد العوض ولا بترك ذكره ولا بدخله شيء من الخيارات ، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات واضرار يمين على أن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة بالانكاح فلا يضر الجهل بها بخلاف البيع ، فان قيل فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه » والخيار لا يثبت الا في عقد صحيح : قلنا

يحصل بابتداء وطئه فيحصل تمام الوطء في ملكه مع اختلاف العلماء في كون الملك له وحل الوطء له ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات فكيف اذا اجتمعت مع انه محتمل ان يحصل الفسخ باللامسة قبل الوطء فيكون الملك قد رجع اليه قبل وطئه ، ولهذا قال أحمد في المشتري إنها قد وجبت عليه فيها اذا مشطها أو خضها أو حفها فبوضع يده عليها للجناح ولمس فرجها بفرجه أولى ، وعلى هذا يكون ولده منها حراً ثابت النسب ولا يلزمه قيمته ولا مهر عليه ، وتصير أم ولده ، وقال أصحابنا ان علم التحريم فولده رقيق لا يلحقه نسبه ، وان لم يعلم لحقه النسب وولده حر وعليه قيمته يوم الولادة وعليه المهر ولا تصير أم ولده لانه وطئها في غير ملكه

(فصل) ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي وكرهه مالك قال لانه في معنى بيع وسلف اذا أقبضه الثمن ثم تقاسخا البيع صار كانه أقرضه إياه . ولنا ان هذا الحكم من أحكام البيع فجاز في مدة الخيار كالأجارة وما ذكره لا يصح لانا لا نخرج له التصرف فيه (مسألة) (ومن مات منهم بطل خياره ولم يورث)

اذا مات أحد المتبايعين في مدة الخيار بطل خياره في ظاهر المذهب ، ويبقى خيار الآخر بحاله الا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيكون لورثته ، وهو قول الثوري وأبي حنيفة ويخرج ان الخيار لا يبطل ، وينتقل الى ورثته لانه حق مالي فينتقل الى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ولانه حق فسخ فينتقل الى الوارث كالفسخ بالتخلف ، وهذا قول مالك والشافعي . ولنا انه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة

(فصل) (الثالث) خيار الثمن ويثبت في ثلاث صور (إحداها) اذا تلقى الركبان فباعهم أو اشترى منهم فلمهم الخيار اذا هبطوا السوق وعلّموا انهم قد غبنوا غبنا يخرج عن العادة ، روي انهم كانوا يتلقون الاجلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن يهبطوا الاسواق فربما غبنوهم غبنا بينا فيضروا بهم وربما أضروا باهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا امتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعا ويتراصون بها السعة فهو في معنى بيع الحاضر للبادي فنهى النبي ﷺ عن ذلك فروى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليها ، وكرهه اكثر العلماء منهم عمر بن عبد العزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق وحكى عن أبي حنيفة انه لم يرد ذلك بأسا ، وسنة رسول الله ﷺ أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فالبيع صحيح في قول الجميع قاله ابن عبد البر ، وعن أحمد أن البيع باطل لظاهر النهي والاول اصح لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار » رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ، ولان النهي لا معنى في البيع بل يعود إلى ضرب من الخديعة يمكن استدراكها بانبات الخيار فأشبهه بيع المصراة وفارق

هذا يرويه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك الحديث ويحتمل أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه .
إذا ثبت هذا فإنه يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب وشعر الجارية ونحوها فلو باع
ثوبا مطويا أو عينا خاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كييع الغائب ، وإن حكنا بالصحة
فلمشتري الخيار عند رؤية المبيع في الفسخ والامضاء ويكون على الفور فإن اختار الفسخ فله ذلك وإن لم

بيع الحاضر للبادي فإنه لا يمكن استدراكه بالخيار إذ ليس الضرر عليه إنما هو على المسلمين ، إذا تقرر
هذا فلبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن ، وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد رويناه قول رسول الله
صلى الله عليه وسلم في هذا ولا قول لأحدم قوله ، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لأنه إنما
يثبت لأجل الخديعة ودفع الضرر عن البائع ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل
إطلاق الحديث في إثبات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراده ولأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار
إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار إلى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين
البيع ، وظاهر كلام الخزي أن الخيار يثبت له بمجرد الغبن وإن قل والاولى أن يتقيد بما يخرج عن
العادة لأن مادون ذلك لا ينضبط ، وقال أصحاب مالك إنما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق
بأهل السوق لئلا ينقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله ، قال ابن القاسم فإن تلقاها متلق فاشتراها
عرضت على أهل السوق فيشترون فيها ، وقال الليث بن سعد يباع في السوق وهذا مخالف لمذلول
الحديث فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع إذا هبط السوق ولم يجعلوا له خيارا وجعل النبي
صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على أن النهي عن التلقي لحقه بالحق غيره ، ولأن الجالس في السوق
كالمتلقي في أن كل واحد منهما متبع لفضل الله ولا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحق الضرر به
دفع الضرر عن مثله ، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ، ولا يمكن اشتراك أهل
السوق كلهم في سلته فلا يرجع على مثل هذا

(فصل) فإن تلقاهم فباعهم شيئا فهو كمن اشترى منهم ولهم الخيار إذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة
وهذا أحد الوجهين للشافعية وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه
وهذا مقتضى قول أصحاب مالك لأنهم عللوه بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم . ولنا
قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلقوا الركبان » والبائع داخل فيه ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم
وغبنهم ، وهذا في البيع كفو في الشراء ، والحديث قد جاء مطلقا ، ولو كان مختصا بالشراء لألحق به
ما في معناه وهذا في معناه

(فصل) فإن خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فقال انقاضي : ليس له الإتيان منهم ولا الشراء
وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك وهو قول الليث بن سعد
والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ولا به نادر فلا يكدر ضرره
كمن يقصد ذلك ، ووجه الأول أنه إنما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وذلك متحقق سواء
قصد التلقي أو لم يقصده فأشبهه ما لو قصد

(مسألة) (الثانية) التجش وهو أن يزيد في السلعة من يريد شراها ليغر المشتري

فله الخيار إذا غبن

يفسخ لزوم العقد لان الخيار خيار الرؤية فوجب ان يكون عندها ، وقيل بتقيد المجلس الذي وجدت الرؤية فيه لانه خيار ثبت بمقتضى العقد من غير شرط تقيد بالمجلس كخيار المجلس ، وان اختار الفسخ قبل الرؤية انفسخ لان العقد غير لازم في حقه فملك الفسخ كحالة الرؤية وإن اختار امضاء العقد لم يلزم لان الخيار يتعلق بالرؤية ولانه يؤدي إلى إلزام العقد على المجهول فيفضي إلى الضرر ، وكذلك

النجش حرام وخداع قال البخاري الناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش متفق عليه ، ولان في ذلك تقريراً بالمشتري وخديعة له ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (الخديعة في النار) فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر العلماء منهم الشافعي وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أن البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد . ولنا أن النهي ماد الى الناجش لا الى العاقد فلم يؤثر في البيع ولان النهي لحق آدمي فلم يفسد العقد كبيع المدلس ، وفارق ما كان لحق الله تعالى فان حق الا دمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم يجز العادة بمثله فلم يشتري الخياريين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان فان كان يتعان بمثله فلا خيار له ، وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن ، وقال أصحاب الشافعي ان لم يكن ذلك بمواطأة من البائع وعلمه فلا خيار ، واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه فقال بعضهم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته . ولنا أنه تقرير بالعاقد فاذا غبن ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ، وبذلك يبطل ما ذكره ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة ما لم يعط فصدقه المشتري ثم كان كاذبا فالبيع صحيح للمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(مسئلة) (الثالثة المسترسل اذا غبن الغبن المذكور)

يعني اذا غبن غبنا يخرج عن المداة كما ذكرنا في تلقي الركبان ، والنجش يثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبه قال مالك قال ابن أبي موسى وقد قيل قد لزمه البيع ولا فسخ له وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة الساعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كغير المسترسل وكالغبن اليسير . ولنا أنه غبن حصل لحظه بالمبيع فأنبت الخيار بالغبن في تلقي الركبان . فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تفريطه وتقصيره ، والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعه قال أحمد : المسترسل الذي لا يحسن أن يما كس وفي لفظ الذي لا يما كس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما اعطاه من غير مما كسة ولا معرفة بغيره . ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد ، وحده أبو بكر في انتبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثلاث وهو قول مالك لقول النبي ﷺ « والثلاث كثير » وقيل السدس والاولى تحديده بما لا يتعان الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديدده يرجع فيه إلى العرف (فصل) واذا وقع البيع على غير متعين كقفيز من صبرة ورطل من دن فظاهر قول الخرقي انه يلزم بالتفرق سواء تقابضا أولا ، وقال القاضي في موضع المبيع الذي لا يلزم إلا بالقبض كالكيل والموزون فقد صرح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر : من اشترى قفيزا من صبرتين فتلفت احدهما قبل القبض بطل العقد في التألف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع وهذا

لو تبايعا بشرط أن لا يثبت الخيار للمشتري لم يصح الشرط لذلك وهل يفسد البيع بهذا الشرط ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع

(فصل) ويعتبر لصحة العقد الرؤية من البائع والمشتري جميعاً ، وإن قلنا بصحة البيع مع عدم الرؤية فبأن ما لم يره فيه الخيار عند الرؤية وإن لم يره المشتري أيضاً فلكل واحد منها الخيار وبهذا قال تصريح بالزوم في حق البائع قبل القبض ، وأنه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت أحدها أو لم تلف. ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان جائزاً كما قبل التفرق ، ولأنه لو تلف اسكان من ضمان البائع. ووجه الزوم قول النبي ﷺ « وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الأول ينقض بيع الموصوف والسلام فإنه لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر البيع في إحدى الروايتين .

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع خيار التدليس بما يزيد الثمن كتصرية اللبن في الضرع وتحميم وجه الجارية وتسويد شعرها وتجميده وجمع ماء الرحي وإرساله عند عرضها فمذا يثبت للمشتري خيار الرد) التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض ، وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأشد أبو عبيدة :

رأيت غلاماً قد صرى في فقرته ماء الشباب غفوان شرته

قال البخاري أصل التصرية حبس الماء . يقال صريت الماء ويقال المصرة الحفلة وهو من الجمع أيضاً ومنه سميت مجامع الناس محافل ، والتصرية حرام إذا أريد بها التدليس على المشتري لقول النبي ﷺ « لا تصروا الابل » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه بإسناده عن النبي ﷺ أنه قال « بيع الحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم » ورواه ابن عبد البر « ولا تحل خلافة مسلم » فمن اشترى مصرة من هيمة الانعام وهو لا يعلم تصريها ثم علم أنه بالخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنها لو لم تكن مصرة فوجدناها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها ، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علفها فانتفخ بطنها فظن المشتري أنها حامل

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الابل والغنم من ابتاعها فإنه بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسك وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع حفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام فإن ردها ردها مثل أو مثلي لبناً فحماً » رواه أبو داود ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كالشمطاء إذا سود شعرها ، وبه يبطل قياسهم فإن يبايعه ليس بعيب كالسكر ، وإذا دلّسه ثبت له الخيار ، وأما انتفاخ البطن فقد يكون لغير الحمل فلا معنى لحمله عليه وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول النبي صلى الله عليه وسلم أولى ، إذا ثبت هذا فأنما يثبت الخيار إذا لم يعلم المشتري بالتصرية فإن كان عالماً لم يثبت له خيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله كما لو

الشافعي ، وقال أبو حنيفة ليس له الخيار لحديث عثمان وطلحة ولانا لو جعلنا له الخيار ثبتت له الزيادة وان زيادة في المبيع لا تثبت الخيار ، وكذلك لو باع شيئاً على أنه معيب فإن غير معيب لم يثبت له الخيار ولنا أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري فالما الخبر فإنه قول جبير وطلحة وقد خالفهما عثمان وقوله أولى لأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما

تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ . ولنا أنه اشتراها علماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها علماً بذلك ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم ، والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع

(فصل) وكذلك كل تدليس يختلف الثمن لاجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجمده أو يحمر وجهها أو يضرر الماء على الرحي ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار أيضاً لأنه تدليس يختلف الثمن باختلافه فأثبت الخيار كالتصرية ، وبهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في نجيمه لا يثبت به خيار لأنه تدليس بما ليس بعيب أشبه ما لو سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو وحداً وما ذكره ينتقض بتسويد الشعر ، وأما تسويد أنامل العبد فليس بمنحصر في كونه كاتباً لأنه يحتمل أن يكون قد ولى بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمعاً لا يستحق به فسخاً ، فإن حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد ، أو احمر وجه الجارية لحجل أو تعب أو يسود شعرها بشيء وقع عليه ، فقال القاضي له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد أشبه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار بحمرة الوجه بحجل أو تعب لأنه يحتمل ذلك فتعين ظنه من خلقته الأصلية لطمع فأشبه سواد أنامل العبد

(فصل) وإن دلسه بما لا يختلف به الثمن كتنبيض الشعر وتسييطه فلا خيار للمشتري لأنه لا ضرر في ذلك ، وإن علف الشاة فظنها المشتري حاملاً أو سود أنامل العبد أو ثوبه ليظنه كاتباً أو حداداً أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظنها كثيرة اللبن فلا خيار له لأن ذلك لا ينحصر فيما ظنه المشتري لأن سواد الأنامل قد يكون لولم أو خدمة كاتب أو حداد أو شروع في الكتابة واتفاخ البطن يكون للأكل فظنه المشتري غير ذلك طمعاً لا يثبت به الخيار

(فصل) فإن أراد امساك المدلس مع الارش لم يكن له ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصراة ارشاً بل خيره بين الامساك والرد مع صاع من تمر ولأن المدلس ليس بمعيب فلم يستحق له ارشاً ، فإن تعذر عليه الرد بتلف فعله الثمن لأنه تعذر عليه الرد ولا ارش له أشبه غير المدلس ، فإن تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد ارش العيب عنده وأخذ الثمن وإن شاء امسك ولا شيء له ، وإن تصرف في المبيع بعد علمه بالتدليس بطل رده كما لو تصرف في المبيع ، المعيب وإن أخر الرد من غير تصرف في حكمه تأخير رد المعيب على ما ذكره أن شاء الله

(مسئلة) (ويرد مع المصراة عوض اللبن صاعاً من تمر فإن لم يجد التمر فقيمه في موضعه سواء كانت ناقة أو بقرة أو شاة)

إذا رد المصراة لزمه بدل اللبن في قول كل من جوز ردها وهو مقدر بصاع من تمر كما جاء في (المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الرابع)

(فصل) واذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صححة السلم صح بيعه في ظاهر المذهب وهو قول أكثر أهل العلم وعن أحمد لا يصح حتى يراه لان الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه ، ولنا أنه يبيع بالصفة فصح كالسلم ولا نسلم انه لا يحصل به معرفة المبيع فانها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً وهذا يكفي بدليل انه

الحديث ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية الى أن الواجب صاع من قوت البلد لان في بعض الاحاديث «ورد معها صاعاً من طعام» وفي بعضها «ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا» فجمع بين الاحاديث وجعل تنصيبه على التمر لانه غالب قوت البلد في المدينة لانه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف يرد قيمة اللبن لانه ضمان متلف فيقدر بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى، وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع بركقولهم في الفطرة . ولنا الحديث الصحيح الذي أوردناه وقد نص فيه على التمر فقال «ان شاء ردها وصاعاً من تمر» وللبخاري «من اشترى غنماً مصراً فاحتلبها فان رضىها أمسكها وان سخطها ففي حلبها صاعاً من تمر» ولمسلم «ردها ورد صاعاً من تمر لا سمرأ» يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام في الحديث التمر لانه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة ، والمطلق فيما هذا مبيده يحمل على المقيد وحديث ابن عمر في روايته جميع بن عمر التيمي قال ابن نعيم هو من اكذب الناس ، وقال ابن حبان كان يضع الحديث مع أن الحديث متروك الظاهر بالاتفاق اذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي مع مخالفة الحديث الصحيح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف مخالف للنص فلا يقبل ولا يبعد أن يقدر الشارع بدل هذا المتلف قطعاً بالخصومة والنزاع كما قدر دية الأدي ودية أطرافه ، ولا يمكن حمل الحديث على أن اصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجه لوجه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الاثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصرة من الابل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصرة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصرة صاعاً وان أمكن أن يكون كذلك فيتمين إيجاب الصاع لانه القيمة التي عين الشارع إيجابها فلا يجوز العدول عنها ، ويجب أن يكون صاع التمر جيداً غير معيب لانه واجب باطلاق الشارع فينصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في الفطرة ، ويكفي فيه أدنى ما يقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر أقل من قيمة الشاة أو أكثر أو مثلها نص عليه وليس فيه جمع بين البدل والمبدل لان التمر بدل اللبن قدره الشارع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك السيد ، وان عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في موضع العقد لانه بمنزلة عين أتلفها فيجب عليه قيمتها (فصل) ولا فرق بين الناقة والبقرة والشاة فيما ذكرناه ، وقال داود لا يثبت الخيار بتصريه البقرة لان الحديث «لا تصروا الابل والانتم» فدل على ان ما عداها بخلافهما ولا أن الحكم ثبت فيهما بالنص ، والقياس لا تثبت به الاحكام . ولنا عموم قوله «من اشترى مصرة» - ومن ابتاع محفلة - ولم يفصل والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أكثر وأنفع فيثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) اذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد فردهن رد مع كل مصرة صاعاً وبه قال الشافعي وبعض المالكية ، وقال بعضهم في الجميع صاع لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من

يكفي في السلم وانه لا يستبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية. وأما مالا يصح السلم فيه فلا يصح بيعه بالصفة لانه لا يمكن ضبطه بها ، اذا ثبت هذا فانه متى وجدته على الصفة لم يكن له الفسخ وبهذا قال محمد بن سيرين وأيوب ومالك والفتري واسحاق وابو ثور وابن المنذر، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه له الخيار بكل حال لانه يسمى بيع خيار الرؤية ولان الرؤية من تمام العقد فأشبهه غير

اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وإن سخطها ففي حلتها صاع من تمر . ولنا قوله « من اشترى مصراة » وهذا يتناول الواحدة ولان ما جعل عوضاً عن شيء في صفتين وجب اذا كان في صفة واحدة كأرض العيب . وأما الحديث فان الضمير فيه يعود الى الواحدة

(مسئلة) فان كان اللبن بحاله لم يتغير رده وأجزأه ويحتمل أن لا يجزئه إلا التمر

اذا احتلبها واللبن بحاله ثم ردها مع لبنها فلا شيء عليه لأن المبيع اذا كان موجوداً فردّه لم يلزمه بدله فان أبى البائع قبوله وطلب التمر فليس له ذلك اذا كان اللبن لم يتغير ويحتمل أن يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولانه قد نقص بالحلب لان كونه في الضرع أحفظ له

ولنا انه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البديل كسائر البدلات مع أبدالها . والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « في حلتها صاع من تمر » وقولهم الضرع أحفظ له لا يصح لانه لا يمكن ابقاؤه في الضرع على الدوام لانه يضر بالحيوان ، فان تغير اللبن ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهو قول مالك للخبر ولانه قد نقص بالحرضة أشبه تنقه (والثاني) يلزمه قبوله لان التعهد حصل باستلام المبيع بتعين البائع وتسليطه على حايه فلم يمنع الرد كلين غير المصراة

(فصل) فان رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً ردها به لان رضاه بعيب لا يمنع الرد لعب آخر كما لو اشترى أعرج ف رضي به فوجده أبرص فان رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لانه عوض به فيما اذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقاً

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ، ثم ان لم يكن في ضررها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن اللبن الحادث بعد العقد يحدث على ملكه ، وان كان فيه لبن حال العقد إلا انه يسير لا يخلو الضرع من مثله عادة فلا شيء فيه لانه لا عبرة به ولا قيمة له في المادة ، وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله انبى رده على رد لبن المصراة وقد سبق ، فان قلنا ليس له رده فبقاؤه كتلافه ، وهل له رد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما اذا اشترى شيئاً فتلف بفضه أو تعيب فان قلنا برده رد مثل اللبن لانه من التمليات والاصل ضمانها بثمنها إلا انه خوفاً في لبن المصراة للنص فبما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا

(فصل) قال ابن عقيل اذا علم التصرية قبل حلبها مثل أن أقربه البائم أو شهد به من تقل شهادته فله ردها ولا شيء معها لان التمر انما وجب بدلا للبن المحتلب ولان النبي ﷺ قال « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فان رضىها أمسكها وإن سخطها ففي حلتها صاع من تمر » ولم يأخذ لها ههنا نسباً فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك ، قل ابن عبد البر : هذا مما لا خلاف فيه

(مسئلة) (ومتى علم التصرية فله الرد ، وقال القاضي ليس له ردها إلا بعد ثلاث)

اختلف أصحابنا في مدة الخيار فقال القاضي هو بقدر ثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا

الموصوف ، ولا أصحاب الشافعي وجهان كالمذهبيين ، ولنا انه سلم له المعقود عليه بصفاته فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه ولا أنه مبيع موصوف فلم يكن للعاقدين فيه الخيار في جميع الاحوال كالمسلم ، وقولهم انه يسمى بيع خيار الرؤية لانعرف صحته فان ثبت فيحتمل ان يسميه من يرى ثبوت الخيار ولا يحتاج به غيره ، فاما ان وجده بخلاف الصفة فله الخيار ويسمى خيار الخلف في الصفة لانه وجد الموصوف

لمساكها بعدها فان أمسكها بعدها سقط الرد قال وهو ظاهر كلام أحمد وقول بعض أصحاب الشافعي لان أبا هريرة روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر » رواه مسلم ، قالوا هذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فانها لا تعرف قبل مضيتها لان لبنها في أول يوم ابن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك الثالث ، فاذا مضت الثلاث استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضائها ، وقال أبو الخطاب متى تبينت التصرية جاز له الرد قبل اثلاث وبعدها لانه تدليس يثبت الخيار فلك الرد به اذا ظهر كسائر التدليس وهو قول بعض المدلسين ، فعلى هذا فائدة التقدير في الخبر بالاثلاث لان الظاهر انه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فلن حصل العلم بها أولم يحصل فالاختبار به دونها كما في سائر التدليس ، وظاهر قول ابن أبي نموسى انه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الايام الثلاثة الى تمامها وهو قول ابن المنذر وأبي حامد من الشافعية وحكا عن الشافعي لظاهر حديث أبي هريرة فانه يقتضي ثبوت الخيار في الايام الثلاثة كلها ، وقول القاضي لا يثبت في شيء منها ، وقول أبي الخطاب يسوي بينها وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قاله أبو الخطاب قياساً على سائر التدليس

(مسئلة) (وان صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله : اذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد . وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ولأن التدليس كان موجوداً في حال العقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن . ولنا ان الرد جعل لدفع الضرر بنقص الثمن ولم يوجد فامتنع الرد ولان العيب لم يوجد ولم تختلف صفة البيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ولان الخيار يثبت لدفع الضرر ولا ضرر

(مسئلة) (فان كانت التصرية في غير بهيمة الانعام كالأمة والأتان والفرس ثبت له الخيار في أحد الوجهين) اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعنوم قوله صلى الله عليه وسلم « من اشترى مصراة » ولانه تصرية بما يختلف به الثمن فأثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام لان الأدمية تراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً ، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فبان بخلافه ملك الفسخ ، والفرس تراد لولدها (والثاني) لا يثبت به الخيار لان لبنها لا يعتاض عنه في العادة ولا يقصد كلبن بهيمة الانعام ، والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لذلك ، واللفظ العام أريد به الخاص لانه أمر في ردعها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولانه ورد عاماً وخصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص فان قلنا بردها لم يلزمه بذل لبنها ولا يرد معها شيئاً لان هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعتاض عنه

(مسئلة) (ولا يحل للبائع تدليس سلعته ولا كتمان عيبها) لقوله عليه السلام « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح . وقال عليه الصلاة والسلام « المسلم أخو المسلم لا يحل

بخلاف الصفة فلم يلزمه كاسلم، وأن اختلفا فقال البائع لم يختلف الصفة وقال المشتري قد اختلفت قال قول المشتري لأن الاصل براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بيئته أو ما يقوم مقامها (فصل) والبيع بالصفة نوعان (أحدهما) بيع عين معينة مثل أن يقول بعثك عبدي التركي ويذكر سائر صفاته فهذا يفسخ العقد عليه برده على البائع وتلفه قبل قبضه لكون المعقود عليه معيناً فيزول العقد بزوال محله ويجوز التفرق قبل قبض ثمنه وقبضه كبيع الحاضر

لمسلم باع من أخيه بيعاً إلا بينه « روى ابن ماجه ، فان فعل فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي بدليل حديث التصرية فان النبي صلى الله عليه وسلم صححه مع نهيه عنه ، وقال أبو بكر ان دلس العيب فالبيع باطل لانه منهي عنه والتهى يقضي الفساد ، ف قيل له ما تقول في التصرية ؟ فلم يذكر جواباً فدل على رجوعه

(فصل) قال رضي الله عنه (الخامس خيار العيب وهو النقص كالمرض وذهاب جراحة أو سن أو زيادتها ونحو ذلك ، وعيوب الرقيق من فعله كالزنا والسرقه والاباق والبول في الفراش ان كان من عييز) العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار لان المبيع انما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً والمرجع في ذلك الى العادة في عرف التجار ، فالعيوب في الخلقة كالجنون والجذام والبرص والصمم والعمى والعمور والعرج والفيل والقرن والفتق والرتق والقرع والطرش والخرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والناقصة والحول والخوص والسبل وهو زيادة في الاجفاف والتخثيث وكونه خثي والخصاء والزواج في الامة والبخر فيها وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج أنه عيب ، وكذلك الدين في رقبة العبد اذا كان السيد معسراً ، والحناية الموجبة للقود ، ولأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الحناية والبيع في الدين ومستحقة الاتلاف بالقصاص ، والزنا والبخر عيب في العبد والامة وبه قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ليس بعيب في العبد لانه لا يراد للفراش والاستمتاع بخلاف الامة . ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليته فانه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده على عائلته ؟ والبخر يؤذي سيده ومن جالسه أو ساره ، والسرقه والاباق والبول في الفراش عيوب في الكبير الذي جاوز العشر ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب حتى يحتمل لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحد فكذلك هذا . ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على ان البول لداء في بطنه ، والسرقه والاباق لخبث في طبعه . وحد ذلك بالعشر لأن امرئ النبي ﷺ بتأديب الصبي حتى ترك الصلاة عندها والتفريق بينهم في المضاجع . فأما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته ، وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ويسكر من التبدد نص عليه أحمد لانه يوجب الحد فهو كالزنا ، وكذلك الحلق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فأفضى الى تلفه ، ويختص الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله ، وعدم الختان ليس بعيب في العبد الصغير لانه لم يفث وقته ولا في الامة الكبيرة وبه قال الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم أشبهت العبد . ولنا أنه لا يجب عليها والألم فيه يقل

(الثاني) بيع موصوف غير معين مثل أن يقول بتك عبداً تركياً ثم يستقصي صفات السلم فهذا في معنى السلم ، فتمى سلم اليه عبداً على غير ما وصف فردّه أو على ما وصف فأبدله لم يفسد العقد لأن العقد لم يقع على غير هذا فلم يفسخ العقد برده كما لو سلم اليه في السلم غير ما وصف له فردّه ، ولا يجوز الفرق عن مجلس العقد قبل قبض المبيع أو قبض ثمنه وهذا قول الشافعي لأنه يبيع في الذمة فلم يجز

ولا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير ، فأما الكبير فإن كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لأن العادة أنهم لا يختنون فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كدينهم ، وإن كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه لأنه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة

(فصل) والثبوت ليس بعيب لأنها الغالب على الجوّاري فالإطلاق لا يقتضي خلافها هذا اختيار القاضي ، وقال ابن عتيل إذا أطلق انشراء اقتضى سلامتها من الثبوت وبقاء البكارة ، فالثبوتة اتلاف جزء والاصل عدم الاتلاف والتمن يختلف باختلافه فنقول جزء يختلف الثمن ببقائه وزواله فزواله عيب كتلاف بعض أجزائها . ونجزم على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في المحل ما يوجب خلافاً في المسألة ولا نقضا والتحرّيم يختص به ، وكذلك الإحرام والصيام لأنهما يزولان قريباً وبه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وكذلك عدة البائن . فأما عدة الرجعية فهي عيب لأن الرجعية زوجة لا يؤمن ارتباطها ، ومعرفة الغاء والحجامة ليس بعيب ، وحكي عن مالك في الجارية المغنية أنه عيب فيها لأنه محرم . ولنا أنه ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فهو كالصناعة وكونه محرماً ممنوع وإن سلم فالمحرّم استعماله لا معرفته ، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به

ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالآخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وهو عيب عند أبي حنيفة لأنه نقص لقول الله تعالى (ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم) وإنما إن العبد فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكافر ، فالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكافر عيباً كما أن المتقي خيراً من غيره ، قال الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدمه عيباً . وكونه ولد زنا ليس بعيب وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لأنها تراد للافتراض بخلاف العبد ، قلنا إن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفين بالنسب . وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الحبز ونحوه ليس بعيب لأن هذا حرفة فلم يكن فقدها عيباً كسائر الصنائع . وكونها لا تحيض ليس بعيب ، وقال الشافعي هو عيب إذا كان لكبر لأن من لا تحيض لا تحمل . ولنا إن الإطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن قوته عيباً كما لو كان لغير الكبر

(مسألة) (فمن اشترى معيماً لا يعلم عيبه فله الخيار بين الرد والامساك مع الأرض وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن)

من اشترى معيماً يعلم عيبه أو مدلساً أو مصراً وهو عالم فلا خيار له لأنه بذل الثمن فيه عالماً راضياً به عوضاً أشبه ما لا عيب فيه لا نعلم خلاف ذلك ، وإن علم به عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الامساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب فكتمه أو لم يعلم لا نعلم فيه خلافاً لأن إثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالنصرية تنبيه على ثبوتها بالعيب ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ما روي

التفرق فيه قبل قبض أحد العوضين كالمسلم ، وقال القاضي يجوز التفرق فيه قبل القبض لانه يبيع حال فجاز التفرق فيه قبل القبض كبيع العين

(فصل) اذا رآيا المبيع ثم عقدا البيع بعد ذلك زمن لا تتغير العين فيه جاز في قول أكثر أهل العلم ، وحكي عن أحمد رواية أخرى لا يجوز حتى يراها حالة العقد وحكي ذلك عن الحكم ومحمدلان

عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اشترى مملوكا فكتب « هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً - وأمة - لادابة ولا غائلة يبيع المسلم للمسلم » ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر ، فعند الاطلاق يحمل عليها فتى فأتت فأت بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض وكان له الرد وأخذ الثمن كاملاً

(فصل) فان اختار امساك المعيب واخذ الارش فله ذلك وبه قال اسحاق ، وقال ابو حنيفة والشافعي ليس له الا الامساك أو الرد ولا أرش له الا أن يتعذر رد المبيع وروي ذلك عن احمد حكاه صاحب المحرر لان النبي ﷺ جعل للمشتري المصرة الخيار بين الامساك من غير أرش أو الرد ولانه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالرد بالخيار . ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولانه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه كما لو اشترى عشرة أففزة فباتت تسعة أو كما لو أنلفه بعد البيع ، فأما المصرة فليس فيها عيب وانما ملك الخيار بالتدليس لا لفوات جزء وكذلك لا يستحق أرشاً إذا تعذر الرد ، اذا ثبت هذا فعنى الارش أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم مميباً فيؤخذ قسط ما ينهما من الثمن . مثاله أن يقوم المعيب صحيحاً بعشرة ومميباً بتسعة والثمن خمسة عشر فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بعشر الثمن وهو درهم ونصف ، وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن ولنا لو ضمناه نقص القيمة أفضى الى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بعشرة وقيمته عشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه ، وهذا لا سبيل إليه وقد نص أحمد على ما ذكرناه . وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه . قال أحمد هذا أحسن ما سمعته (مسئلة) (وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل وعنه لا يرد له الا مع نمائه)

وجملة ذلك أنه اذا أراد رد المبيع فلا يخلو إما أن يكون بحاله أو أن يكون قد زاد أو نقص فان كان بحاله رده وأخذ الثمن ، وان زاد بعد العقد أو حصلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة والحمل والثمرة قبل الظهور فانه يردها بنائها فانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوعان (أحدهما) أن تكون من غير المبيع كالسبب والاجرة وما يوهب له أو يوصى له به فهو للمشتري في مقابلة ضمانه لان المبيع لو هلك كان من مال المشتري وهو معنى قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » ولا نعلم في هذا خلافاً وقد روى ابن ماجه باسناده عن عائشة أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فردّه فقال يا رسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان » رواه أبو داود وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم

(النوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة والبن فهي للمشتري أيضاً ويرد

ما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد كالشهادة في النكاح . ولنا أنه معلوم عندها أشبه ما لو شاهداه حالة العقد والشرط إنما هو العلم وإنما الرؤية طريق للعلم ، ولهذا اكتفي بالصفة المحصلة للعلم والشهادة في النكاح تراد لحل العقد والاستيناق عليه فلهذا اشترطت حال العقد ويقرر ما ذكرناه ما لو رآها داراً ووقفاً في بيت ، منها أو أرضاً ووقفاً في طريقها وتبايعها صح بلا خلاف مع عدم

الاصل بدونها ، وهذا قال الشافعي إلا أن الولد ان كان لأدمية لم يملك ردها دونه وسنذكر ذلك وعنه ليس له رده دون نمائه قياساً على النماء المتصل ، والمذهب الاول لما ذكرناه من حديث طائفة وقال مالك : ان كان النماء ثمرة لم يردّها ، وان كان ولداً رده لان الرد حكم فسرى الى الولد كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجهه فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ، ولا يمكن رده معه لانه لم يتناوله العقد . ولنا انه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه نماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك ، وقولهم ان النماء من موجب العقد لا يصح انما موجهه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح ، لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ، ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرها فانه لا يسري الى الولد بوجوده في الام فان اشتراها حاملاً فولدت عند المشتري فردّها رد ولدها معها لانه من جملة المبيع والولادة نماء متصل ، وإن نقص المبيع فسيأتي حكمه ان شاء الله تعالى

(مسألة) (ووطء التي لا يمنع الرد وعنه يمنع)

اذا اشترى أمة ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها ولا شيء عليه روي ذلك عن زيد بن ثابت ، وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد بروي ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء كالجنابة لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كوطء البكر ، وقال شريح والشعبي والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يردّها ومعها ارش واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها ، وقال الشعبي حكومة وقال سعيد بن المسيب عشرة دنانير ، وقال ابن أبي موسى مهر مثلها وحكي نحوه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد لانه اذا فسخ صار واطئاً في ملك الغير لكون الفسخ رفعا للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عينها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلم يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج . وما قالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها . وقولهم يكون واطئاً في ملك الغير لا يصح لان الفسخ رفع العقد من حينه لا من أصله بدليل انه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشتراها من زوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فان زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فان كان النكاح باقياً فهو عيب حادث ، وان كان قد زال فحكمه حكم ووطء السيد ، وقد استحسن أحمد أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الاخرى اذ لا فرق بين هذا وبين ووطء السيد ، وان زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لانه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

المشاهدة للكل في الحال ، ولو كانت الرؤية المشروطة للبيع مشروطة حال العقد لاشتط رؤية جميعه ومتى وجد المبيع بحاله لم يتغير لزم البيع وإن كان ناقصاً ثبت له الخيار لان ذلك كحدوث العيب، وإن اختلفا في التغير فالقول قول المشتري مع يمينه لانه يلزمه الثمن فلا يلزمه ما لم يعترف به ، فأما إن عقد البيع بعد رؤية المبيع بمدة يتحقق فيها فساد المبيع لم يصح البيع لانه مما لا يصح بيعه ، وإن لم يتغير فيها لم يصح بيعه لانه مجهول وكذلك إن كان الظاهر تغيره ، فأما ان كان يحتمل التغير وعدمه وليس

(مسألة) (وإن وطئ البكر أو تعيبت عنده فله الارش، وعنه انه مخير بين الارش وبين الرد وارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن)

إذا وطئ المشتري البكر قبل علمه بالعيب ففيه روايتان (احدهما) لا يردّها ويأخذ ارش العيب وبه قال مالك وابن سيرين والزهرى والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن أحمد (والرواية الاخرى) يردّها ومعها شيء اختارها الخرقى وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والشعبي وانخعي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور ، والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكراً مائة وثيباً ثمانين رد معها عشرين لانه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته بخلاف ارش العيب الذي يأخذه المشتري ، وهذا قول مالك وأبي ثور ، وقال شريح والنخعي يرد عشرين ثمنها وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنائير وما قلناه ان شاء الله أولى ، واحتج من منع ردّها بان الوطء نقص عينها وقيمتها فخرج الرد كما لو اشترى عبداً نقصه فنقصت قيمته ، ووجه الرواية الاخرى انه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا للاستعلام فيثبت معه الخيار كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض (فصل) وكذلك كل مبيع كان معيائتم حدث به عيب عند المشتري قبل علمه بالاول ففيه

روايتان (احدهما) ليس له الرد وله ارش العيب القديم ، وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهرى والشعبي لان الرد يثبت لازالة الضرر ، وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد ارش العيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وان شاء امسكه وله الارش ، وبه قال مالك واسحاق وقال الحكم يردّه ولم يذكر معه شيئاً ، ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردّها بعد حلها ورد عوض ابنها ولانه روي عن عثمان أنه قضى في الثوب إذا كان به عوار يردّه وان كان قد لبسه ولانه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وارشه وبين ارش العيب القديم كما لو حدث لاستعلام المبيع ولان العينين قد استويا والبائع قد دلس والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ، ولان الرد كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص ، والقياس انما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله . إذا ثبت هذا فانه يرد ارش العيب الحادث عنده لان المبيع بحالته مضمون عليه بقيمته فكذلك أجزأوه . فان زال العيب الحادث عنده رده ولا شيء معه على كاتا الروايتين وبه قال الشافعي لانه زال المانع مع قيام السبب المقتضي للرد فثبت حكمه ، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصابها عيباً فاحمل عيب اللادميات دون غيرهن لانه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فان ولدت فالولد للمشري ، وان نقصتها الولادة فذلك عيب ، وان لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لزوال

الظاهر تغيره صح بيعه لان الاصل السلامة ولم يمارضه ظاهر فصح بيعه كما لو كانت الغيبة يسيرة وهذا ظاهر مذهب الشافعي .

(فصل) ويثبت الخيار في البيع للغبن في مواضع (أحدها) تلقي الركبان إذا تلقاهم فاشترى منهم وباعهم وغبنهم (الثاني) بيع النجش ويذكران في مواضعهما (الثالث) المسترسل إذا غبن غبنا يخرج عن العادة فله الخيار بين الفسخ والامضاء ، وبهذا قال مالك وقال ابن أبي موسى ، وقد قيل قد لزمه البيع

العيب فان كان ولدها باقيا لم يكن له ردها دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهو محرم ، وقال الشريفي ابن جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له ردها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لانه موضع حاجة فاشبه ما لو ولدت حراً فانه يجوز بيعها دون ولدها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الرمذي وقال حديث حسن ولانه أمكن منع الضرر باخذ الارش أو بر دولدها معها فلم يجز ارتكاب شيء الشرع بالتفريق بينهما كما لو أراد الاقالة فيها دون ولدها ، وقولهم إن الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة باخذ الارش . أما اذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث فيه حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة ، وإن علم بالعيب بعد الوضع ولم تنقص الولادة فله رد الام وامساك الولد لان التفريق بينهما لا يحرم ولا فرق بين حملها قبل القبض وبعده ، ولو اشتراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على عيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه بناء متصل فاشبه ما لو سمحت الشاة ، وإن تلف الولد فهو كتعيب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ، وعن أحمد لا قيمة عليه للولد ، وحمل القاضي كلام أحمد على أن البائع دلس العيب ، وإن نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة ، ويمكن حمل كلام أحمد على أنه لاحق للحمل وهو أحد أقوال الشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده مع بقائه ولا قيمته مع التلف ، والاول أصح وعليه العمل

(فصل) فان كان المبيع كاتباً أو صانعاً فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً فالنسيان عيب حادث فهو كغيره من العيوب وعنه يردده ولا شيء عليه وعلة القاضي بأنه ليس بنقص في العين ، ويمكن عوده بالتذكر ، قال وعلى هذا لو كان سمينا فهزل والقياس ما ذكرناه فان الصناعة والكتابة مقومة تضمن في النصب وتلزم بشرطها في البيع فاشبهت الاعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ، وما روي عن أحمد محمول على ما إذا دلس بعيب

(فصل) وإذا تعيب المبيع عند البائع بعد العقد وكان المبيع من ضمانه فهو كالعيب القديم ، وإن كان من ضمان المشتري فهو كالعيب الحادث بعد القبض ، فاما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري لا يثبت الخيار وهو قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فما أصابه فيها فهو من مال البائع إلا في الجنون والجذام والبرص ، فان تبين الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عتبة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام ولانه إجماع أهل المدينة ولأن الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا انه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع وكما بعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال أحمد ليس فيه حديث صحيح ، وقال ابن المنذر لا يثبت

وليس له فسخه وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد كبيع غير المسترسل وكالغبين اليسير

ولنا أنه غبن حصل لجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبين في تلقي الركبان ، فاما غير المسترسل فانه دخل على بصيرة بالغبن فهو كالعالم بالعيب وكذا لو استعجل فجهل ما لو ثبت لعلمه لم يكن له خيار لانه انبنى على تقصيره وتفریطه . والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة ، قال أحمد والمسترسل الذي

في العهدة حديث ، والحسن لم يلق عقبة ، واجماع أهل المدينة ليس بحجة ، والداء الكامن لا عبرة به وانما النقص بما ظهر لا بما كمن

(مسألة) (قال الخريفي إلا أن يكون البائع دلّس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً)

قال القاضي ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلّس العيب رجع بالثمن كله نص عليه في رواية حنبل . معنى دلّس العيب أي كتبه عن المشتري أو غطاء عنه بما يوهّم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان البائع يستر العيب ، وكتمانه جعله في ظلمة تخفي على المشتري فلم يره ولم يعلم به والتدليس حرام وقد ذكرناه فتى فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تبيع المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملاً ولا ارش عليه سواء كان بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه أو بفعل العبد كالسرقة أو بفعل الله تعالى ، وسواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجلته قال أحمد في رجل اشترى عبداً فأبقى وأقام البينة أن أباه كان موجوداً في يد البائع يرجع على البائع بجميع الثمن لأنه غر المشتري ويقيم البائع عبده حيث كان ، ويحكمي هذا عن الحكم ومالك لأنه غره فرجع عليه كما لو غره بحرية أمة (قال شيخنا) ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت ، وارش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام « الخراج بالضمان » وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري مع كونه قد نهى عن التصرية وقال « بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم » وقد جعل الشارع الضمان عليه لوجوب الخراج ، فلو كان ضمانه على البائع لكان الخراج له لوجود علته ، ولان وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع ، ولا نعلم لهذا أصلاً ولا يشبه هذا التغيرير بحرية الأمة في الكاح لانه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء نص عليه

(مسألة) (وان أعتق العبد أو تلف المبيع يرجع بارشه ، وكذلك ان باعه غير عالم بعيبه ، وكذلك إن وهبه وان فعله ظالماً بعيبه فلا شيء له)

إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق أو موت أو وقف أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاء ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع ممنوع وإن سلم فقد استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فمن أحمد فيها روايتان (إحداها) أنها كالبيع لانه أم يأس من امكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه . (والثانية) له الارش وهو أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه لم يستدرك ظلامته أشبه الوقف ، وامكان الرد ليس بمنع من أخذ الارش عندنا بدليل

لا يحسن أن يما كس ، وفي لفظ الذي لا يما كس فكأنه استرسل الى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مما كسة ولا معرفة بقبضه ، فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف إذا استعجل في الحال فعين فلا خيار لها. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد. وخذه أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى في الارشاد بالثالث وهو قول مالك لان الثالث كثير بدليل قول النبي ﷺ « والثالث كثير » وقيل بالسدس ، وقيل مالا يتغابن الناس به في العادة لان ما لا يرد الشرع بتحديدده يرجع فيه الى العرف

ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأتلفه رجع بارشه وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبهه مالو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضى بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) إذا باع المشتري المبيع قبل علمه بالعيب فله الارش نص عليه احمد لان البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضى به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه ، وظاهر كلام البخاري أنه لا ارش له سواء باعه علما بعيه أو غير عالم . وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبهه مالو أ تلف المبيع ولانه استدرك ظلامته ببيعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب (فصل) وان باعه علما بعيه أو وهبه أو أعتقه أو وقفه أو استولد الامة ونحوه فلا شيء له .

ذكره القاضي لان تصرفه فيه مع علمه بالعيب يدل على رضاه به أشبهه مالو صرح بالرضا (قال شيخنا) وقياس المذهب أن له الارش بكل حال ، وقد روي عن احمد فيما إذا باعه أو وهبه لاناخيرناه ابتداء بين رده وامساكه مع الارش فيبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط ببيعه كما لو باعه عشرة أفقرة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري ، وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه ، ولما ظلم المشتري الثاني فلا يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى فيمن باعه ليس له شيء إلا أن يرد عليه المبيع فيكون له حينئذ الرد أو الارش لانه إذا باعه فقد استدرك ظلامته ، فعلى هذا إذا علم به المشتري الثاني فرد به أو أخذ ارشه منه فلأول أخذ ارشه وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده لأنه لم يستدرك ظلامته، وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما تقدم

(فصل) وإذا ردها المشتري الثاني على الاول وكان الاول باعها علما بالعيب أو وجد منه ما يدل على الرضى به فليس له رده لان تصرفه رضى بالعيب ، وان لم يكن علمه فله رده على بائعه وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ليس له رده الا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعه فأشبهه مالو علم بعيه . ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فملك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه ، وانما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لنية البائع أو لمعنى آخر، وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب الاول أو باقالة أو هبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي ان رجع بغير الفسخ بالعيب الاول ففيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته ببيعه ولم يزل فسخه . ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وانما امتنع لتعذره بزوال ملكه فاذا زال المانع وجب

(فصل) وإذا وقع البيع على غير معين كقفيز من صبرة ورطل زيت من دن فمقتضى قول الحرقى إذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لاحدهما رده إلا بالبيع أو خيار لان البيع ههنا يلزم بالتفرق سواء تقابضا أو لم يتقابضا ، وقال القاضي البيع لا يلزم إلا بالقبض كالمكيل والموزون وهذا تصريح بأنه لا يلزم قبل قبضه ، وذكر في موضع آخر من اشترى قفيزين من صبرتين قتلت احداهما قبل القبض بطل العقد في التالف دون الباقي رواية واحدة ، ولا خيار للبائع وهذا يدل على لزوم في حق البائع قبل القبض .

أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالعيب ، فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائنها الاول فوجد بها عيبا كان موجوداً حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم للثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمن فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(فصل) وان استغل المشتري المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضى به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لان ذلك لا يدل على الرضى به معينا ، وان قبله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر كان الحسن وشريح وعبيد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري واسحاق وأصحاب الرأي يقولون اذا اشترى سلامة فعرضها على البيع بعد علمه بالعيب بطل خياره ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافا ، فأما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضا ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش . قال أحمد أنا أقول اذا استخدم العبد فأراد نقصان العيب فله ذلك ، فأما ان احتلب اللبن الحادث بعد العقد لم يسقط رده لان اللبن له فلك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك ان ركب الدابة لينظر سيرها أو استخدم الامة ليختبرها أو لبس الفميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لان ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط وان استخدمها لغير ذلك استخدمها كثيرا بطل رده ، وان كان يسيرا لا ينقص المنك لم يبطل الخيار ، قيل لاحمد ان هؤلاء يقولون اذا اشترى عبدا فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول ناولني هذا الثوب بطل خياره فأبكر ذلك وقال من قال هذا أو قال من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء ، يبين ويطول . وقد نقل عنه في بطلان خيار الشرط بالاستخدام روايتان فكذلك يخرج ههنا

(فصل) فان أبق العبد ثم علم عيبه فله أخذ أرشه فان أخذه ثم قدر على العبد فان لم يكن معروفا بالاباق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي أخذه على روايتين ، وان كان آبقا فله رده ورد ما أخذه من الارش وأخذ ثمنه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه الا ان يملك لانه لم يأس من رده فهو كما لو باعه ، ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا .

(فصل) إذا اشترى عبدا فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه فهو له . وعنه رواية اخرى أنه يجعله في الرقاب وهو قول الشعبي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا ان العتق إنما يصادف الرقبة المعينة والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجودا وليس الارش بدلا عن العبد إنما هو عن جزء من الثمن جعل مقابلا للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد في الرواية الاخرى يحمل على استحباب ذلك لاعلى

فانه لو كان جائزاً كان له الخيار سواء تلفت إحداها أو لم تلف ، ووجه الجواز أنه مبيع لا يملك بيعه ولا التصرف فيه فكان البيع فيه جائزاً كما قبل التفرق ، ولأنه لو تلف اكان من ضمان البائع . ووجه الاول قول النبي ﷺ « وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع » وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته وبيع الموصوف والسم فان ذلك لازم مع ما ذكرناه وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين

وجوبه . قال القاضي أما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته لانه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع اليه شيء من بدله كالمكاتب اذ أدى بعض كتابته . ولنا أنه ارش عبد أعتقه فهو كالموتبرع بعقده (مسئلة) (وان باع بعضه فله ارش الباقي وفي ارش المبيع الروايتان وقال الحارثي لهرد ملكه منه بقسطه من الثمن أو ارش العيب بقدر ملكه فيه)

إذا باع بعض المبيع ثم ظهر على عيب فله ارش الباقي لانه كان له ذلك والأصل في كل ثابت بقاؤه وفي ارش المبيع ما ذكرناه من الخلاف فيما إذا باع الجميع فان أراد رد الباقي بحصته من الثمن ففيه روايتان (أحداها) له ذلك اختارها الحارثي لأنه مبيع رده يمكن أشبه ما لو كان الجميع باقياً (والاخرى) لا يجوز وهي الصحيحة إذا كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ينقصهما التفريق لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الاتفاق بها على الأكمال كوطء الامة ولبس الثوب ، وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لا يجوز رد أحدها وحدها لما فيه من الضرر ، وفما إذا اشترى معيها وتعيب عنده انه لا يملك رده الا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فكذلك لا يجوز أن يرده في مسألتها معيها بعيب الشركة أو نقص القيمة بغير شيء . وما ذكره الحارثي يحمل على ما إذا دلس البائع العيب على ما ذكرناه فيما مضى . وان كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فهل له رد الباقي في ملكه ؟ يخرج على الروايتين في تفريق للمصفة . قال القاضي : المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين ، والتفصيل الذي ذكرناه أولى

(مسئلة) (وان صبغه أو نسجه فله الارش ولارد له في أظهر الروايتين) فيما إذا صبغه وهو قول أبي حنيفة لان فيه ضرراً على البائع وتشق المشاركة فلم تجز كما لو فصله وخاطه أو خلط المبيع بما لا يتميز منه ، وعنه له الرد ويكون شريكاً للبائع بقيمة الصبغ والنسج لانه رد المبيع بعينه أشبه ما لو لم يصبغه ولم ينسجه ، ومتى رده لزمته الشركة ضرورة ، وعنه يرده ويأخذ زيادته بالصبغ كما لو قصره وهو بعيد لان إيجاب البائع على بذل ثمن الصبغ إيجاب على المعاوضة فلم يجز لقوله سبحانه (الا ان تكون تجارة عن تراض منكم) وان قال البائع أنا أخذه وأعطي قيمة الصبغ لم يلزم المشتري ذلك ، وقال الشافعي ليس للمشتري الا رده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عنده ، ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده فطلب البائع أخذه مع أخذ ارش العيب الحادث والأصل لا يسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا رده

(مسئلة) (وان اشترى مائماً كوله في خوفه فكسره فوجده فاسداً فان لم يكن له مكسوراً قيمة كبيض الدجاج رجم بالثمن كله ، وان كان له مكسوراً قيمة كبيض النعام وجوز الهنء فهو بخير بين أخذ ارشه وبين رده ، وعنه ليس له رد ولا ارش في ذلك كله)

﴿مسألة﴾ قال (والخيار يجوز أكثر من ثلاث)

يعني ثلاث ليال بأيامها وإنما ذكر الليالي لأن التاريخ يغلب فيه التأنيث قال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأآمنناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة) وقال تعالى (يترصدن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) وفي حديث حبان « ولك الخيار ثلاثا » ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة

إذا اشترى مالا يطلع على عيبه إلا بكسره كالبيض والجوز والرمان والبطيخ فكسره. فظهر عيبه ففيه روايتان (أحدهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لأنه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره فجرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لأن عقد البيع اقضي السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري فإذا بان معيبا ثبت له الخيار كالعبد ولأن البائع إنما يستحق بمن المعيب دون الصحيح لأنه لم يملكه صحيحا فلا معنى لإيجاب الثمن كله، وكونه لم يفرط لا يقتضي أن يجب له من ماله يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد. إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسورا كبيض الدجاج الفاسد والرمان الأسود والجوز الخرب رجع بالثمن كله لأن هذا يبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على مالا نفع فيه فهو كبيع الجشرات والميتات وليس عليه رد المبيع إلى البائع لأنه لا فائدة فيه، وإن كان الفاسد في بعضه رجع بقسطه (الثاني) أن يكون مما لعينه قيمة كبيض النعام وجوز الهند والبطيخ الذي فيه نفع ونحوه فإذا كسره نظرت. فإن كان كسرا لا يمكن استعمال المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه. هذا ظاهر كلام الحرقى، وقال القاضي عندي لا أرش عليه لكسره لأنه حصل بطريق استلام العيب والبائع سلطه عليه حيث علم أنه لا يعلم صحته من فساده بغير ذلك، وهذا قول الشافعي. ووجه قول الحرقى أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رد أرشه كلبن المصراة إذا احتلها والبكر إذا وطئها، وبهذا يبطل ما ذكره بل هنا أولى لأنه لا تدليس من البائع وانصرية تدليس، وإن كان كسرا يمكن استعمال المبيع بدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالسكية فالحكم فيه كالذي قبله عند الحرقى والقاضي والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب، وهذا لإحدى الروايتين عن أحمد والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرناه، وإن كسره كسرا لا يبقى له قيمة فله أرش العيب لا غير لأنه ألتفه. وقد رد أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمعيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحا ثم يقوم معيبا غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن

(فصل) ولو اشترى ثوبا فنشره فوجده معيبا فإن كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالحسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعمال المبيع أو زاد كمنشر من لا يعرف، وإن أراد أخذ أرشه فله ذلك بكل حال (مسألة) (ومن علم العيب وأخر الرد لم يبطل خياره إلا أن يوجد منه ما يدل على الرضا من التصرف ونحوه) وهكذا ذكر أبو الخطاب لأنه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على الراخي كخيار القصاص وعنه أنه على الفور وهو مذهب الشافعي، فتي علم العيب وأخر الرد مع إمكانه بطل خياره لأنه يدل

المعلومة قلب مدته أو كثرت ، وبذلك قال أبو يوسف ومحمد وابن المنذر ، وحكي ذلك عن الحسن بن صالح والغنبري وابن أبي ليلى وإسحاق وأبي ثور ، وأجزئه مالك فيما زاد على الثلاث بقدر الحاجة مثل قرية لا يصل إليها في أقل من أربعة أيام لأن الخيار لحاجته فيقدر بها ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز أكثر من ثلاث لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ما أجد لكم أوسع مما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لجان جعل له الخيار ثلاثة أيام أن رضي أخذ وإن سخط ترك . ولأن الخيار بناقي مقتضى البيع

على الرضى فأسقط خياره كالتصرف ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال فأشبهه خيار الشفعة والاول أولى ، ولا نسلم أن الامساك يدل على الرضى والشفعة تثبت لدفع ضرر غير متحقق بخلاف الرد بالعيب (مسئلة) (ولا يفتقر الرد إلى رضى ولا قضاء ولا حضور صاحبه قبل القبض ولا بعده)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاء ، وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لأن ملكه قد تم على الثمن فلا يزول إلا برضاء ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كالطلاق ولأنه مستحق الرد بالعيب فلم يفتقر إلى رضا صاحبه كقبول القبض

(مسئلة) (فإن اشترى اثنان شيئاً وشرطا الخيار أو وجداه مبيعاً فرضي أحدهما فلا آخر الفسخ في نصيبه ، وعنه ليس له ذلك)

نقل عن أحمد رحمه الله في ذلك روايتان حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (أحدهما) لمن لم يرض الفسخ ، وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وإحدى الروايتين عن مالك والآخرى لا يجوز له رد مشترك رده ناقصاً أشبه ماله نصيب عنده . ولنا أنه رد جميع مملكته بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع وإنما باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقة بخلاف العيب الحادث

(فصل) (وإن ورث اثنان خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لو رد وحده شقصت السلعة على البائع فتضرر بذلك وإنما أخرجها من ملكه إلى واحد غير مشقة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقة بخلاف المسئلة التي قبلها ، فإن عقد الواحد مع الاثنين عقدين فكانه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه وهما بخلافه

(فصل) (ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده مبيعاً فله رده عليهما فإن كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن وبقي نصيب الغائب في يده حتى يقدم ، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء كان الحاضر الوكيل أو الموكل . نص أحمد على نحو من هذا ، وإن أراد رد نصيب أحدهما وامساك نصيب الآخر جاز لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولم يحصل برده تشقيص لأنه كان مشقة قبل البيع

(فصل) (وإن اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده مبيعاً فله رده وليس له أخذ الارش لأفضائه إلى التفاضل فيما يجب فيه التماثل ، فإن حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين برده ويرد ارش العيب الحادث عنده وبأخذ ثمنه ، وقال القاضي ليس له رده لأفضائه إلى التفاضل ولا يصح لأن الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المعاوضة وإنما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده

لأنه يمنع الملك واللزوم وإطلاق التصرف ، وإنما جاز لموضع الحاجة فجاز القليل منه وآخر حد القلة ثلاث قال الله تعالى (فتمتعوا في دياركم ثلاثة أيام — بعد قوله — فياخذكم عذاب قريب) ولنا أنه حق يعتمد الشرط فرجع في تقديره إلى مشروطه كالأجل أو نقول مدة ملحقه بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل ولا يثبت عندنا ما روي عن عمر رضي الله عنه وقدروي عن أنس خلافه ، وتقدير مالك بالحاجة لا يصح فإن الحاجة لا يمكن ربط الحكم بها لحفاها واختلافها وإنما يربط بمظنتها وهو الإقدام فانه يصلح أن يكون ضابطاً وربط الحكم به فيما دون الثلاث وفي السلم

بمثلة ما لو خفي عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه ، وعلى الرواية الأخرى يفسخ الحاكم البيع ويرد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لأنه لم يمكن إهمال العيب ولا أخذ الارش . ولأصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين وإن تلف الحلي فسخ العقد ، ويرد قيمته ويسترجع الثمن فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، واختار شيخنا أن الحاكم إذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على إحدى الروايتين وأما يرجع إلى قيمته عند تعذره بتلف أو عجز عن رده أما مع بقاءه وإمكان رده فيجب رده دون بدله كسائر المبيع إذا انفسخ العقد فيه وليس في رده ورد أرشه تفاضل لأن المماوضة قد زالت بالفسخ ولم يبق له مقابل ، وإنما هذا الارش بمثلة الجناية عليه ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلى التفاضل لأن قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ القيمة من غير الجنس . ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله فوجد أحدها بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كله لم يملك أخذ أرشه ثلثاً يفضي إلى التفاضل والحكم فيه على ما ذكرنا في الحكم بالدرهم (مسألة) (وإن اشترى واحد معين صفقة واحدة ليس له إلّا ردها أو إمساكها والمطالبة بالارش) قاله القاضي ، وعنه له رد أحدها بقسطه من الثمن كما لو كان أحدها معيباً والآخر صحيحاً لأن المانع من الرد إنما هو تشقيص المبيع على البائع وهو موجود فيما إذا كان أحدها صحيحاً ، فإن تلف أحدها فله رد الباقي بقسطه من الثمن في إحدى الروايتين ، هذا قول الحارث العكلي والأوزاعي وإسحاق وقول أبي حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المبيع على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كالأورد الجميع (والثانية) ليس له إلا أخذ الارش مع إمساك الباقي منها وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن في الرد تبيض الصفقة على البائع وذلك ضرر أشبه إذا كانا مما ينقصه التفريق ، والقول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمثلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمثلة المستعير والغاصب

(مسألة) (وإن كان أحدها معيباً فله رده بقسطه من الثمن وعنه ليس له إلّا ردها أو إمساكها) ووجه الروايتين ما ذكرنا فيما إذا تلف أحدها وفيه من التفصيل والخلاف ما ذكرنا (مسألة) (فإن كان المبيع ثلثاً ينقصه التفريق كصراعي باب أو زوجي خف أو من لا يجوز التفريق بينهما كجارية وولدها فليس له رد أحدها) لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة وسوء المشاركة ولقول النبي ﷺ « من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وفي ذلك اختلاف ذكرناه فيما مضى وهذا القول هو الصحيح إن شاء الله تعالى

والأجل، وقول الآخر إنّه ينافي مقتضى البيع لا يصحّ فان مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه وإن سلمنا ذلك لكن متى خولف الأصل لمعنى في محل وجب تعديده الحكم لتعدي ذلك المعنى (فصل) ويجوز شرط الخيار لكل واحد من المتعاقدين ويجوز لأحدهما دون الآخر ويجوز أن يشترط لأحدهما مدة وللآخر دونها لأن ذلك حقهما وأنا جواز رفقا بهما فكيفما تراضيا به جاز، ولو اشترى شيئين وشرط الخيار في أحدهما بعينه دون الآخر صح لأن أكثر ما فيه أنه جمع بين مبيع فيه الخيار ومبيع لا خيار فيه وذلك جائز بالقياس على شراء ما فيه شفعة ومالا شفعة فيه فانه يصح

(مسئلة) (وان اختلفا في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري ففي ايهما يقبل قوله؟ روايتان إلا ان لا يحتمل إلا قول أحدهما فالقول قوله بغير يمين)

إذا اختلف المتبايعان في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري ، فان كان لا يحتمل الا قول أحدهما كالاصح الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطاريء الذي لا يمكن كونه قديما فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين لا نعلم صدقه فلا حاجة الى استحقاقه وان احتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرقو ونحوها ففيه روايتان (لأحدهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار اختارها الخرقى لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض المبيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنه باعه بريئا من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب أنه لا يستحق مبدعيه من الرد حلف على ذلك . ويمينه على البت لأن الأيمان كلها على البت إلا ما كان على النفي في فعل الغير وعنه أنها على نفي العلم فيحلف أنه ما يعلم به عيبا حال البيع ذكرها ابن أبي موسى والرواية الثانية مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع والبائع ينكره والقول قول المنكر

(فصل) وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان بالمبيع فله رده على الموكل لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له ، فان كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وانكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل إقراره على موكله بالعيب لأنه أمر يستحق به الرد فقبل إقراره به على موكله كخيار الشرط ، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي لا يقبل إقرار الوكيل بذلك ، قال شيخنا وهو أصح لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي ، وفارق خيار الشرط من حيث أن الموكل يعلم صفة سلعته ولا يعلم صفة العقد لنسيته عنه ، فعلى هذا إذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن رده كإقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي ، فان أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه بنكوله فهل له رده على الموكل على وجهين (أحدهما) ليس له رده لأن ذلك يجري مجرى إقراره (والثاني) له رده لأنه رجع إليه بغير رضاه أشبه ما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكرأ فقال المشتري هي ثيب أو النساء الثقات ويقبل قول واحدة ، فان وطئها المشتري وقال ما وجدتها بكرأ خرج فيه وجهان بناء على الاختلاف في العيب الحادث

ويحصل كل واحد منهما مبيعاً بقسطه من الثمن فإن فسخ البيع بما فيه الخيار رجع بقسطه من الثمن كالأول وجد أحدهما مبيعاً فردده ، وإن شرط الخيار في أحدهما لا بعينه أو شرط الخيار لأحد المتعاقدين لا بعينه لم يصح لانه مجهول فأشبهه مالهو اشتري واحداً من عشرين لا بعينه ، ولانه يفضي إلى التنازع وربما طلب كل واحد من المتعاقدين ضد ما يطلبه الآخر ويدعي أنني المستحق للخيار أو يطلب من له الخيار رد أحد المبيعين ويقول الآخر ليس هذا الذي شرطت لك الخيار فيه ، ويحتمل أن لا يصح شرط الخيار في أحد المبيعين بعينه كما لا يصح بيعه بقسطه من الثمن وهذا الفصل كله مذهب الشافعي

(فصل) فإن رد المشتري السلعة بعيب فأنكر البائع أنها سلمته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الأوزاعي فإنه قال فيمن صرف دراهم فقال للصيرفي هذا درهمي يحلف الصيرفي بالله لقد وفيتك وبرأ لأن البائع منكر كون هذه سلعته ومنكر استحقاق الفسخ والقول قول المسكر ، تأم أن جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أنها سلمته فحكى ابن المنذر عن أحمد أن القول قول المشتري وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

(مسألة) (ومن باع عبداً يلزمه عقوبة من قصاص أو غيره ويعلم المشتري ذلك فلا شيء له) لأنه رضي به مبيعاً أشبهه سائر المعيبات وهذا قول الشافعي ، وإن علم بعد البيع فله الرد أو الأرض على أصلنا كغيره من العيوب

(مسألة) (فإن لم يعلم حتى قتل فله الارش لتعذر الرد) وهو قسط ما بين قيمته جانياً وغير جان ، ولا يبطل البيع من أصله وبه قال بعض أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لأن تلفه كان بمعنى استحقاق عند البائع فجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضاً فمات بدائه أو مرتداً فقتل برده وبهذا يقتض ما ذكرناه ولا يصح قياسهم على اتلافه لأنه لم يتلفه فلم يشتركا في المقتضي ، وإن كانت الجناية موجبة لقطع فقطعت يده عند المشتري فقد تميب عنده لأن استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعينه ؟ على روايتين

(مسألة) (وإن كانت الجناية موجبة للمال والسيد معسر قدم حق الجاني عليه ، والمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً ، فإن كان السيد ميسراً تعلق الارش بذمته والبيع لازم)

إذا كانت الجناية موجبة للمال أو اللقود فعني عنه إلى مال فعلي السيد فداؤه وبزول الحق عن رقبة العبد يبيعه لأن للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه. فإذا باعه فعين عليه فداؤه لإخراج العبد عن ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذا الرجوع على غيره هذا إذا كان السيد ميسراً وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لأن أكثر ما فيه أنه ألزم فداءه ولا يلزمه كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الزهر وإنما أنه أزال ملكه عن الجاني فلزمه فداؤه كما لو أتلفه وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع معسراً لم يسقط حق الجاني عليه من رقبة الجاني لأن المالك إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك من ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدماً على حق المشتري والمشتري خيار الفسخ إن لم يكن عالماً فإن فسخ رجع بالثمن وإن لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد. فاخذ

(فصل) وإن شرط الخيار لاجنبي صح وكان اشتراطاً لنفسه وتوكيلاً لغيره وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي فيه قولان (أحدهما) لا يصح وكذلك قال القاضي إذا أطلق الخيار لفلان أو قال لفلان دوني لم يصح لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره فلا يكون لمن لاحظ له فيه وإن جعل الاجنبي وكلاً صح

ولنا أن الخيار يعتمد شرطهما ويقوض اليهما وقد أمكن تصحيح شرطهما وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه فلا يجوز الغاؤه مع إمكان تصحيحه لقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» (١)

بها رجع المشتري بالثمن أيضاً لأن أرض مثل هذا جميع ثمنه وإن لم تكن مستوعبة رجح بقدر أرضه وإن كان عالماً بعيه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لأنه اشترى معيماً عالماً بعيه فإن اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لأنه يقوم مقام البائع بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه على ما ذكره في موضعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمواضعة ولا بد في جميعها من معرفة المشتري برأس المال) هذه أنواع من أنواع البيع وإنما اختصت بأسماء كاختصاص السلم ويثبت فيها الخيار إذا أخبره بزيادة في الثمن أو نحو ذلك فيثبت للمشتري الخيار كما لو أخبره بأنه كاتب أو صانع فاشترى بثلثين فإن بخلافه ولا بد في جميع هذه الأنواع من معرفة المشتري برأس المال لأن معرفة الثمن متوقفة على العلم به والعلم بالثمن شرط فتي فات لم يصح البيع لفوات شرطه

﴿مسألة﴾ (رمعنى التولية البيع برأس المال فيقول وليتك أو بعتك برأس ماله أو بما اشترته أو برقه) قال أحمد رحمه الله لا بأس ببيع الرقم والرقم هو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوماً حال القصد وهذا قول عامة العلماء وكره طائفة بيع الرقم ، ولنا أنه يبيع بثلثين معلوم فأشبه ما لو ذكر مقداره أو إذا قال بعتك هذا بما اشترته وقد علمنا أن لم يعلم فالبيع باطل لحالة الثمن

﴿مسألة﴾ (والشركة بيع بعضه بقسطه من الثمن ويصح بقوله شركتك في نصفه أو ثلثه) إذا اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني في نصفه بنصف الثمن فقال له أشركتك صح وصار شركاً بينهما إذا كان الثمن معلوماً لهما ، ولو قال أشركني فيه أو قال الشركة فقال شركتك أو قال ولتي ما اشتريت ولم يذكر الثمن فقال وليتك صح إذا كان الثمن معلوماً لأن الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن على ما ذكره والتولية ابتياعه بمثل الثمن فإذا ذكر اسمه انصرف إليه كما إذا قال أقلني فقال أقلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام إلى السوق فيشتري الطعام فينقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له أشركنا فإن النبي صلى الله عليه وسلم دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحة كما هي فيبحث بها إلى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل أشركني فشركه انصرف إلى النصف لأنها تنصرف إلى التسوية بإطلاقها ، فإن اشترى اثنان عبداً فقال لهما رجل أشركاني فيه فقالا شركناك احتمل أن يكون لهما النصف لأن اشترى كهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً لكان له النصف فكذلك حال الاجتماع، ويحتمل أن يكون له الثلث لأن الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي إلا بحمله بينهم أمثالا وهذا أصح لأن اشتراك الواحد إنما اقتضى النصف لحصول التسوية به وإن شركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل

(١) رواه أبو داود والحاكم عن أبي هريرة بسند صحيح والثاني عن أنس وعائشة بلفظ «عند شروطهم ماوافق الحق من ذلك» وصححه أيضاً

فعلی هذا يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ ، ولو كان المبيع عبداً فشرط الخيار له صح سواء شرطه له البائع أو المشتري لانه بمنزلة الاجنبي ، وإن كان المالك وكيلاً فشرط الخيار لنفسه صح فان النظر في تحصيل الحظ مفوض اليه ، وإن شرطه للمالك صح لانه هو المالك والحظ له ، وإن شرطه لاجنبي لم يصح لانه ليس له أن يوكل غيره ويحتمل الجواز بناء على الرواية التي تقول للوكيل التوكيل

(فصل) ولو قال بعثك على أن استأمر فلاناً وحدد ذلك بوقت معلوم فهو خيار صحيح وله الفسخ

واحد منها الربع ، وإن قال أشركاني فيه فشركة أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي شركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة بينهما يقتضي طلب ثلث ما في يد كل واحد منهما ليكون مساوياً لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وإن قال له أحدهما أشركناك ابني على تصرف الفضولي . فان قلنا يقف على الاجازة فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو ثلثه على الوجهين ، ولو قال لاحدهما أشركني في نصف هذا العبد فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولها نصفه وإلا فله نصف حصة الذي شركه ، فان اشترى عبداً فلقبه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد شركتك فله نصفه فان لقبه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالماً بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركه لان طلبه للشركة رجع الى ما ملكه المشارك وهو النصف فكان بينهما ، وإن لم يعلم بشركة الاول فهو طالب نصف العبد لاعتقاده أن جميع العبد لمن طلب منه المشاركة ، فاذا قال له شركتك احتمل ثلاثة أوجه (احدها) ان يصير له نصف العبد ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه اليه فصار كأنه قال بعني نصف هذا العبد فقال بعثك ، وهذا قول القاضي (الثاني) ان ينصرف قوله شركتك فيه إلى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فيمتد في نصف نصيبه ويقف الزائد على اجازة صاحبه على إحدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بعض نصيبه ومساواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن له شركة لانه لا يتحقق فيه ما طلب منه (الثالث) لا يكون للثاني الا الربع بكل حال لان الشركة إنما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الايجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له إلا نصف العبد فينصرف ايجابه الى نصف ملكه ، وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إنما طلب النصف فلم يحصل له جميعه إلا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيخير الآخر ، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلاً لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال بعني نصف هذا العبد فقال بعثك ربه .

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل بعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض لان البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو المقبوض وإن قال أشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربه بربع الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكر القاضي ، قال شيخنا والصحيح ان شاء الله ان الشركة تنصرف الى النصف كله فيكون بائعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيصح في نصف المقبوض في أصح الوجهين ولا يصح فيما لم يقبض كما في تفريق الصفقة

قبل أن يستأمره لانا جعلنا ذلك كناية عن الخيار وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن لم يضبطه بمدة معلومة فهو خيار مجهول حكمه حكمه

(فصل) وإن شرط الخيار يوماً أو ساعات معلومة اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين، والآخرون حين التفرق لان الخيار ثابت في المجلس حكماً فلا حاجة إلى اثباته بالشرط، ولان حالة المجلس كحالة العقد لان لما فيه الزيادة وانقضاء فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه، والاول أصح لأنها مدة ملحقة بالعقد فكان ابتداءها منه كالأجل، ولان الاشتراط

﴿ مسألة ﴾ (والمراجعة أن يبيعه بربح فيقول رأس مالي فيه مائة بعته بها وربح عشرة)

فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم أحداً كرهه وإن قال على أن أربح في كل عشرة درهما أو قال ده يارده أو ده داوزده فقد كرهه أحمد ورويت فيه الكراهة عن ابن عمر وابن عباس والسن ومسروق وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار، وقال اسحاق لا يجوز لان الثمن مجهول حال العقد فلم يجوز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب، ورفض فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعي وأثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لان رأس المال معلوم والربح معلوم أشبه ما إذا قال وربح عشرة دراهم. ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم يعلم لهما في الصحابة مخالف ولان فيه نوعاً من الجهالة فالتحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح والجهالة يمكن ازالتها بالحساب فلم تضر كما لو باعه صبرة كل قفبز بدرهم أما ما يخرج به الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

﴿ مسألة ﴾ (والمواضعة أن يقول بعته بها ووضع درهم من كل عشرة فيلزم المشتري تسعون درهما) المواضعة أن يخبر برأس ماله ويقول بعته بهذا وأضح لك عشرة فيصح من غير كراهة، وإن قال بوضعية درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المراجعة وصح فاذا كان رأس ماله مائة لزمه تسعون ويكون الخط عشرة، وقال قوم يكون الخط درهما من كل أحد عشر فيكون ذلك تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم ويبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم، وهذا غلط لان هذا يكون خطأ من كل أحد عشر وهو غير ما قاله، فأما إن قال بوضعية درهم لكل عشرة كانت الوضعية من كل أحد عشر درهما درهم ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي، وحكي عن أبي ثور أنه قال الخط ههنا عشرة مثل الاولى ولا يصح فانه إذا قال لكل عشرة درهم يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهم، وإذا قال من كل عشرة درهما كان الدرهم من العدة، ولان من للتبعيض فكأنه قال آخذ من العشرة تسعة وأخط منها درهما

(فصل) فان باعه السلعة بمراجعة مثل أن يخبره ان ثمنها مائة ويربح عشرة ثم علم بيئته أو اقرار أن ثمنها تسعون فالبيع صحيح لانه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة كالبيع والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً، وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة يخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المبيع ولنا أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح فاذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعاً به وبزيادة التي

سبب ثبوت الخيار فيجب أن يتعقبه حكمه كالمالك في البيع ، ولا تناو جعلنا ابتداءه من حين التفرق أدى إلى جهالة لا تناو لانعلم متى يتفرقان فلا نعلم متى ابتداءه ولا متى انتهاءه ولا يمنع ثبوت الحكم بسببين كتجريم الوطء بالصيام والاحرام والظهار ، وعلى هذا لو شرطنا ابتداءه من حين التفرق لم يصح لذلك إلا على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول ، وإن قلنا ابتداءه من حين التفرق فمشرطاً بثبوته من حين انعقد صحح لانه معلوم الابتداء والانتهاء ، ويحتمل أن لا يصح لان الخيار في المجلس يغني عن خيار آخر فيمنع ثبوته ، والاول أولى ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا

اتفقا عاينها والمعيب كذلك عندنا فان له أخذ الارش ثم الفرق بينهما ان المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور وههنا رضي فيه برأس المال والربح المقدّر ، وهل للمشتري الخيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه ونقل ذلك حنبلي وهو قول للشافعي لان المشتري لا يأمن الحياة في هذا الثمن أيضاً ، ولا به ربما كان له غرض في الشراء بذلك ائتمن لكونه خالفاً أو وكيلاً أو غير ذلك فظاهر كلام الحنفي أنه لا خيار له وحكي قولاً للشافعي لانه رضيه بمائة وعشرة فاذا حصل له بدون ذلك فقد زاده خيراً فلم يثبت له الخيار كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحاً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين ، وأما البائع فلا خيار له لانه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وإن قال في المراجعة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم قال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله إلا بينة تشهدان رأس ماله عليه ما قاله ثانياً ذكره ابن المنذر عن أحمد وأسحاق وروى أبو طالب عن أحمد اذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله وإن لم يكن صدوقاً جاز البيع ، قال القاضي وظاهر كلام الحنفي أن القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المراجعة فقد ائتمنه والقول قول اليمين مع يمينه كالوكيل والمضارب ، والصحيح الاول وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الخلط كالمضارب اذا أقر بربح ثم قال غلطت ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه لا يقبل قول البائع وإن أقام بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه وإن أقام بينة لاقراره بكذبها

ولنا أنها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ولا نسلم أنه أقر بخلافها فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بيمينها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراراً ، فان لم يكن له بينة أو كانت له بينة وقلنا لا تقبل فادعى أن المشتري يعلم غاطه فأنكر المشتري فالقول قوله ، فان طلب يمينه فقال القاضي لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ، ولانه قد أقر له فيستغنى بالاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه رد السلفة أو زيادة في منها فلزمه اليمين كوضع الوفاق وليس هو ههنا مدع إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ، وإن قلنا يقبل قول البائع أو قامت له بينة بما ادعاه وقلنا تقبل بينته فلمشتري أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها أكثر ذكره الحنفي فانه لو باعها بدون ثمنها عملاً لزمه البيع بما عقد عليه لكونه تعاطى سببه علماً فلزمه كمشتري المعيب علماً بعيبه ، واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضى عليه بالنكول ، وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين

(فصل) وإن شرطاً الخيار إلى الليل أو الغد لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار وهذا مذهب الشافعي ، ويخرج أن يدخل وهو مذهب أبي حنيفة لأن إلى تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى (وأبديكم إلى المرافق - ولا تأكلوا أموالهم إلى (١) أموالكم) والخيار ثابت بيقين فلا زيله بالشك . ولنا أن موضوع إلى لا انتهاء الغاية فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها كقوله سبحانه (ثم آتوا الصيام إلى الليل) وكالاجل ، ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو له علي من درهم إلى عشرة لم يدخل الدرهم العاشر والاطالة الثالثة ، وليس ههنا شك فإن الأصل حمل التلفظ على موضوعه فكأن الواضح قال متى

(١) إلى هذه متعلقة بوصف محذوف إفاده النضمين أي مضمومة إلى أموالكم

فسخ العقد (قال شيخنا) ويحتمل أنه إذا قال بعثك بمائة ورجع عشرة ثم تبين أنه غلط بعشرة أنه لا يلزمه حط العشرة من الربح لأن البائع رضي بربح عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين أنه زاد في رأس المال لا ينقص الربح من عشرة لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة ، فأما إن قال وأربع في كل عشرة درهما فإنه يلزمه حط العشرة من الربح في الصورتين وإنما أثبتنا للمشتري الخيار لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة فإذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمعيب ، وإن اختار أحدها بمائة واحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لأنه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائع المعيب إذا رضى المشتري ، وإن اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ورضيا به

(مسألة) ومتى اشترى بضمن مؤجل أو ممن لا تقبل شهادته له أو بأكثر من ثمنه حيلة أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن فلم يبين ذلك للمشتري في تخييره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد إذا اشترى بضمن مؤجل لم يحجز بيعه مراجعة حتى يبين أمره فإن لم يفعل لم يفسد البيع والمشتري الخيار بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ في إحدى الروايتين وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزم الرضى بذلك وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه إن كان المبيع قائماً فهو مخير بين الفسخ وأخذه بالثمن مؤجلاً لأنه الثمن الذي اشترى به البائع والتأجيل صفة له فهو كما لو أخبره بزيادة في الثمن وإن كان قد استهلك حبس الثمن بقدر الاجل وهذا قول شرح

(فصل) وإن اشترى بدنانير فأخبر أنه اشترى بدراهم أو بالعكس أو اشترى بعوض فأخبر أنه اشترى بضمن أو بالعكس وأشباه ذلك فللمشتري الخيار بين الفسخ وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به كسائر المواضع التي ثبت فيها ذلك

(فصل) وإن اشترى ممن لا تقبل شهادته له كأبيه وابنه لم يحجز بيعه مراجعة حتى يبين ذلك وهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز وإن لم يبين لأنه اشترى بعقد صحيح وأخبر بضمنه فأشبه ما لو اشترى من أجنبي . ولنا أنه منهم في الثراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم فلم يحجز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه فإنه يجب عليه أن يبين أمره لا نعلم فيه خلافاً وبه يبطل قياسهم

(فصل) وإن اشترى بأكثر من ثمنه حيلة مثل أن يشتريه من غلام دكانه الحر أو غيره على وجه الحيلة لم يحجز بيعه مراجعة حتى يبين أمره لأن ذلك تدليس وحرام على ما بيناه ، وإن لم يكن حيلة

سمعت هذه اللفظة فافهموا منها انتهاء الغاية ، وفي المواضع التي استشهدوا بها حملت على معنى مع دليل أو لتعذر حملها على موضوعها كما تصرف سائر حروف الصلاة عن موضوعها لدليل ، والاصل حملها على موضوعها ولان الاصل لزوم "معد" ، وانما خولف فيها اقتضاه الشرط فيثبت مايتيقن منه وما شككنا فيه رددناه إلى الاصل .

(فصل) وإن شرط الخيار الى طلوع الشمس أو إلى غروبها صح وقال بعض أهل العلم لا يصح توقيته بطلوعها لانها قد تنقسم فلا يعلم وقت طلوعها . ولنا أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم فصح

فقال القاضي إذا باع غلام دكانه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجوز بيعه مراجعة حتى يبين أمره لانه يهتم في حقه فهو كمن لا تقبل شهادته له والصحيح ان شاء الله ان ذلك يجوز لانه أجنبى فأشبهه غيره (فصل) اذا اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مراجعة أو اشترى اثنان شيئاً فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مراجعة بالثمن الذي أداه فيه فإن كان من المتقومات التي لا ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالثياب ونحوها لم يجوز حتى يبين الحاصل على وجهه نص عليه وهذا مذهب الثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته كالمو كان المبيع شقة وشقعا فإن الشفيع يأخذ الشقص بحصته من الثمن ، وذكر ابن ابي موسى فيما إذا اشترى اثنان فتقاسماه رواية عن احمد أنه يجوز بيعه مراجعة بما اشترى لان ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به . ولنا ان قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المراجعة امانة فلم يجوز فيه هذا وصار هذا كالحرص بالحاصل بالظن لا يجوز ان يباع به ما يجب التماثل فيه ، واما الشفيع فلنا فيه منع وان سلم فان ما اخذه الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه لكونه لا طريق له سوى التقويم ولانه لو لم يأخذه به لآخذ الناس طريقاً إلى اسقاط الشفعة فيؤدى إلى نفويتها وهاهنا يمكن الاخبار بالحال وبيعه مساومة ولا تدعو الحاجة اليه فان باعه ولم يبين فله المشتري الخيار بين الامساك والرد كالمسائل المذكورة وان كان من المماثلات التي ينقسم عليها الثمن بالاجزاء كالبر والشعير المتساوي جاز بيع بعضه مراجعة بقسطه من الثمن لا نعلم فيه خلافا لان ثمن ذلك الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وان أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذها على الصفة فله بيع أحدهما مراجعة بحصته من الثمن على قياس ذلك لان الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة ، ولذلك لو أقال في أحدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منها فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً وان حصل في أحدهما زيادة على الصفة جرت مجزى الحادث بعد البيع على ما نذكر ان شاء الله

(مسألة) (وما يزداد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشاً لليب أو جناية عليه

يلحق برأس المال ويحبر به)

وجملة ذلك أن البائع إذا أورد الاخبار بثمن السلعة وكانت بحالها لم تغير اخبر بشمنها ، فان تغير سعر السلعة بأن حط البائع بعض الثمن عن المشتري او اشتراء في مدة الخيار لحق بالعقد واخبر به في الثمن ، وبه قال الشافعي وابو حنيفة ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، وان تغير سعر السلعة وهي

كتعليقه بغروبها ، وطلوع الشمس بروتها من الافق كما أن غروبها سقوط القرص ، ولذلك لو علق طلاق امرأته أو عتق عبده بطلوع الشمس وقع بروتها من الافق ، وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها كما لو علقه بغروبها فنفع الغيم المعرفة بوقته ، وأوجعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب أو إلى غيبتها تحته كان خياراً مجهولاً لا يصح في الصحيح من المذهب (فصل) وإذا شرط الخيار أبداً أو متى شئنا أو قال أحدهما ولي الخيار ولم يذكر مدته أو شرطاه إلى مدة مجهولة كقيد زيد أو هبوب ربيع أو زول مطر أو مشاوراة إنسان ونحو ذلك لم يصح في

بحاله فإن أغت لم يلزمه الاخبار بذلك لأنه زيادة فيها ، وإن رخصت فكذلك نص عليه أحمد لأنه صادق بدون الاخبار بذلك ، ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال ، فإن المشتري لو علم بذلك لم يرضها بذلك الثمن فكتمانها تعريض به فإن أخبره بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يحز لأنه كذب ، فأما ما يؤخذ أرشاً للعيب أو جناية عليه فذكر القاضي أنه يخبر به على وجهه ، وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي وهو الذي ذكره شيخنا في هذا الكتاب لأن أرش العيب عوض عما فات به فكان ثمن الموجود ما بقي ، وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحط من الثمن كأرش العيب وهو الأولى (والثاني) لا يحطه كالثمن ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول : تقوم علي بكذا ، لأنه صادق فيما أخبره أشبه ما لو أخبره بالحال على وجهه

ولنا أن الاخبار بالحال أبلغ في الصدق وأقرب إلى اليان وبقي التغير والتدليس فلزمه ذلك كما يلزمه بيان العيب وقياس أرش الجناية على الثمن والكسب لا يصح لأن أرش الجناية عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة ثمن جزء منه بانه أو كقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما ، والثمن زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه

(مسألة) (وإن جنى ففداء المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به)

أما إذا جنى ففداء المشتري فإنه لا يلحق بالثمن ولا يخبر به في المراجعة بغير خلاف علمناه لأن هذا لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتاً وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبهت الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير اجرة فإنه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن وكذلك ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يخبر به ، ويخبر بالثمن الاول لأن ذلك هبة من أحدهما للآخر فلا يكون عوضاً وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة لأنه بسبب العقد

(مسألة) (وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بعشرة أخبر بذلك على وجهه ، فإن قال محصل علي

بعشرين فهل يجوز ذلك ؟ على وجهين ، وإن عمل فيه بنفسه عملاً يساوي عشرة لم يحز ذلك وجهاً واحداً) وجملة ذلك أن من أراد البيع مراجعة والسلعة بحالها أخبر بثمنها . وإن تغيرت فهو على ضربين (أحدهما) أن تتغير بزيادة وذلك نوعان (أحدهما) أن تزيد ثمنها كالممن وتعلم صنعة أو يحدث منها ثمناء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا إذا أراد بيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه الذي ابتاعها به ، وإن أخذ الثمن المنفصل أو استخدم الامنة أو وطئ الثيب أخبر برأس المال ولم يجب تبين الحال ، وروى ابن المنذر عن أحمد أنه يبين ذلك كله وهو قول إسحاق ، وقال أصحاب الرأي

الصحيح من المذهب وهذا اختيار القاضي وابن عقيل ومذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يصح وهما على خيارهما أبداً أو يقطعه أو تنتهي مدته ان كان مشروطا الى مدة وهو قول ابن شبرمة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » وقال مالك يصح وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة لان ذلك مقدر في العادة فاذا اطلقا حمل عليه ، وقال أبو حنيفة ان اسقطا الشرط قبل مضي

في الغلة يأخذها لأس ان يبيع مربحة ، وفي الولد والثمرة لا يبيع مربحة حتى يبين لانه موجب العقد ولنا انه صادق فيما أخبر به من غير تغرير بالمشتري فجاز كما لو لم يزد ، ولان الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المراجعة كالغلة (النوع الثاني) ان يعمل فيها عملا مثل ان يقصرها او يرفوها او يخطبها او يحملها فتي اراد بيعها مربحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه او استأجر من عمله هذا ظاهر كلام احمد فانه قال : يبين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز ان يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وابن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وابو ثور ، وفيه وجه آخر انه يجوز فيما استأجر عليه ان يضم الاجرة إلى الثمن ويقول . تحصلت علي بكذا لانه صادق ، وبه قال الشعبي والحكم والشافعي . ولنا انه تغرير بالمشتري فانه عسى انه لو علم ان بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لم يرغب فيها لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينفق على الحيوان في مؤنته وكسوته ، وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كالمرض والجناية عليه أو تلف بعضه أو الولادة أو أن يتعيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن ونحوه فانه يخبر بالحال ولا نعلم فيه خلافا

(مسألة) (وان اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه وان قال اشتريته بعشرة جاز وقال أصحابنا يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر انه اشتراه بخمسة)

المستحب في هذه المسئلة وأمثالها أن يخبر بالحال على وجهه لأن فيه خروجاً من الخلاف وهو أبعد من التغرير بالمشتري ، فان أخبر انه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لانه صادق فيما أخبر به وليس فيه تهمة فأشبهه ما لو لم يربح ، وروي عن ابن سيرين انه يطرح الربح من الثمن الثاني ويخبر ان رأس ماله عليه خمسة ، واعجب أحمد قول ابن سيرين قال فان باعه على ما اشتراه يبين أمره يعني انه ربح مرة ثم اشتراه وهذا من أحمد على الاستحباب لما ذكرناه ، ولانه الثمن الذي حصل به الملك الثاني أشبه ما لو خسر فيه ، وقال ابو حنيفة لا يجوز بيعه مربحة إلا أن يبين أمره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهو قول القاضي وأصحابه لان المراجعة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الحياط والقصاب ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه آمن أن يرد عليه ، فعلى هذا ينبغي اذا طرح الربح من الثمن الثاني أن يقول تقوم علي بخمسة ولا يقول اشتريته بخمسة لانه كذب وهو حرام فيصير كما لو ضم أجرة القصارة ونحوها الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه ، وما ذكره من ضم القصارة والحياطة فشيء بنوه على أصولهم لانسلمه ثم لا يشبه هذا ما ذكره لان المؤنة لزمته في هذا البيع الذي يلي المراجعة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه ، وأما تقويم الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر

الثلاث أو حذفاً لأحد عليهما وبيناً مدته صحيح لانهما حذفاً للمفسد قبل اتصاله بالعقد فوجب أن يصبح كالأول لم يشترطه ولنا أنها مدة ملحقه بالعقد فلا يجوز مع الجهالة كالأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً يقتضي المنع من التصرف على الأبد وذلك ينافي مقتضى العقد فلم يصبح كما لو قال بعتك بشرط أن لا تتصرف ، وقول مالك إنه يرد إلى العادة لا يصح فإنه لإعادة في الخيار يرجع إليها واشتراطه مع الجهالة نادر ، وقول أبي حنيفة لا يصح فإن المفسد هو الشرط وهو مقترن بالعقد ، ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحاً أو فاسداً فإن كان صحيحاً مع الشرط لم يفسد بوجود ما شرطه فيه وإن كان فاسداً لم ينقلب .

العيب ولم يتعلق به حكمه ، وقد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري ان يردّه على البائع اذا ظهر على عيب قديم وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة فهنا أولى ، ويجزيه على قولهم أنه لو اشترى بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشترى بعشرة فإنه يخبر أنها حصلت عليه بغير شيء ، وإن اشترى بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشترى بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين ، وإن اشترى بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر نص أحمد على نظير هذا ، فإن لم يرجع وليكن اشترى ثانية بخمسة أخبر بها لأنها بمن للعقد الذي يلي المراجعة ، ولو خسر فيها مثل أن اشترى بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشترى بأبي فمن كان أخبر به ولم يحز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني ويخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه وهو يدل على صحة ما ذكرناه

(فصل) وإن ابتاع اثنان ثوباً بعشرين ثم بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدها نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فإنه يخبر في المراجعة بأحد وعشرين نص عليه وهذا قول النخعي ، وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع إلى قول النخعي بعد ذلك ولا نعلم أحداً خالف ذلك لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة والثاني بأحد عشر فصار أحداً وعشرين (فصل) قال أحمد المساومة عندي أسهل من بيع المراجعة لأن بيع المراجعة يعتره أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه إلى تعيين الحال على وجهه ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل وخطر فيكون على خطر وغرر فتجنب ذلك أسلم وأولى

(فصل) وإن اشترى رجل نصف ساعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بثمن واحد فهو بينهما نصفان لا نعلم فيه خلافاً لأن الثمن عوض عنها فكان بينهما على حسب ملكهما فيها كالأتلاف وإن باعها مراجعة أو مواضعة أو تولية فكذلك نص عليه أحمد وهو قول ابن سيرين والحكم قال الأثرم قال أبو عبد الله إذا باعها فالثمن بينهما نصفان . قلت أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر؟ فقال وإن ليس الثوب بينهما الساعة سواء ؟ فالثمن بينهما لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه . وحكى أبو بكر عن أحمد أن الثمن بينهما على قدر رهوس أموالهما لأن بيع المراجعة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوماً بينهما على حسب رهوس أموالهما ، قال شبخا ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خروجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الأول لأن الثمن عوض المبيع وملكهما متساو فيه فكان ملكهما لموضعه متساوياً كما لو باعه مساومة

(فصل) قال رضي الله عنه (السابع خيار يثبت لاختلاف المتبايعين فتى اختلاف في قدر الثمن تحالفاً فيبدأ يمين البائع فيحلف ما يمتنه بكذا وأما بعتك بكذا ثم يحلف المشتري ما اشتريته بكذا وأما اشتريته بكذا)

صحيحاً كما لو باع درهما بدرهمين ثم حذف أحدهما، وعلى قولنا الشرط فاسد هل يفسد به البيع على روايتين (أحدهما) يفسد وهو مذهب الشافعي لأنه عقد قارنه شرط فاسد فأفسده ككنكاح الشغار والمحلل، ولأن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن مع الخيار في استرجاعه والمشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن فيه مع الخيار في فسخه فلو صح حناه لازلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه وألزماه ما لم يرض به، ولأن الشرط يأخذ قسماً من الثمن فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله وذلك مجهول فيكون الثمن مجهولاً فيفسد العقد

إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين، وقال المشتري بعشرة ولأحدهما بينة حكم بينهما وإن لم يكن لهما بينة تحالفاً، وبه قال شريح وأبو حنيفة والشافعي وهي رواية عن مالك وله رواية أخرى القول قول المشتري مع يمينه، وبه قال أبو نؤير وزفر لأن البائع يدعي عشرة ينكرها المشتري والقول قول المنكر، وقال الشعبي القول قول البائع أو يترادان البيع وحكام ابن المنذر عن أحمد لما روى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «إذا اختلف اليمينان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» رواه سعيد وإن ما جبه وغيرهما. والمشهور في المذهب الأول. ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف ف رضي المشتري بذلك أخذ به وإن أبى حلف أيضاً وفسخ البيع لأن في بعض الفاظ حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ قال «إذا اختلف المتبايعان والساداة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفاً» ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فإن البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين ففرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكره

(فصل) والمبتدئ باليمين البائع فيحلف ما بعت به بكذا وأما بعت به بكذا فإن شاء المشتري أخذه بما قال البائع والاحلف ما اشترى به بكذا وأما اشترى به بكذا، وهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يبدأ يمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى. ولنا قول النبي ﷺ «فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع» وفي لفظ «فالقول قول البائع والمشتري بالخيار» رواه أحمد ومعناه أن شاء أخذ وإن شاء حلف ولأن البائع أقوى جنبته لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر فيساويان من هذا الوجه والبائع إذا حلف فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى به فها سواء ويكون كل واحد منهما يمين واحدة لأنه أقرب إلى فصل القضاء

(مسئلة) (فإن نكل أحدهما لزمه ما قال صاحبه)

بمعنى إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه وإن نكل المشتري حلف المشتري وقضى له، ووجه ذلك حديث ابن عمر لما باع زيداً عبداً واختلفاً في غيب فيه فاحتكما إلى عثمان فوجب على عبدالله اليمين فلم يحلف فرد عثمان عليه العبد رواه الإمام أحمد

(مسئلة) (فإن تحالفا فرضي أحدهما بقول صاحبه أقر العقد وإلا فلكل واحد منهما الفسخ)

إذا تحالفا لم يفسخ البيع بنفس التحالف لأنه عقد صحيح فلم يفسخ باختلافهما وتعارضهما في الحجة كما لو قامت البينة لكل واحد منهما، لكن إن رضي أحدهما بما قال الآخر أجزأه عليه وأفر

(والثانية) لا يفسد العقد به وهو قول ابن أبي ليلى لحديث بريرة ، ولأن العقد قد تم بآركانه والشرط زائد فإذا فسد وزال سقط الفاسد وبقي العقد بركنيه كما لو لم يشرط
(فصل) وان شرطه الى الحصاد أو الجذاذ احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد لأن ذلك يختلف ويتقدم ويتأخر فكان مجهولاً، واحتمل أن يصح لأن ذلك يتقارب في العادة ولا يكثر تفاوته وان شرطه الى العطاء وأراد وقت العطاء وكان معلوماً صح كما لو شرطه الى يوم معلوم ، وان اراد نفس العطاء فهو مجهول لأنه يختلف

العقد بينهما وان لم يرض واحد منهما فلكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام أحمد، ويحتمل ان يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم أشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «أوترا دان البيع» وظاهره استقلالهما بذلك، وروي أن ابن مسعود باع الاشعث بن قيس رقيقاً من رقيق الامارة فقال عبدالله بعثك بشرين الفأ ، وقال الاشعث شريت منك بمشرة آلاف ، فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينه فالقول قول البائئ أو يترادان البيع» قال فاني أرد البيع رواه سعيد وروي أيضاً حديثاً عن عبد الملك بن عبيدة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان استخلف البائع ثم كان للمشتري الخيار إن شاء اخذ وان شاء ترك» وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار اليه فأشبهه من له خيار الشرط ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة أشبه الرد بالعيب ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق

(مسئلة) (وان كانت السلعة تالفة رجماً الى قيمة مثلها فان اختلفا في صفتها فالقول قول المشتري وعنه لا يتحالفان إذا كانت تالفة والقول قول المشتري مع بعينه)

إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن احمد فيها روايتان (إحداها) يتحالفان هكذا ذكره الخري مثل لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعي وإحدى الروايتين عن مالك (والاخرى) القول قول المشتري مع بعينه اختارها أبو بكر وهو قول النخعي والثوري والأوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في الحديث « والسلعة قائمة » مفهومه انه لا يشرع التحالف عند تلفها ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة البائئ بدعيها والمشتري ينكرها والقول قول المنكر وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيه عداة يبقى على القياس ، ووجه الرواية الاولى عموم قوله عليه السلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » قال أحمد ولم ينقل فيه « والبيع قائم » الا يزيد بن هارون قال ابو عبد الله وقد اخطأ ، رواه الحلق عن المسعودي ولم يقولوا هذه الكلمة ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع البين كحال قيام السامعة فان ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها ، وقولهم تركناه للحديث قلنا لم يثبت في الحديث ، قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه ، وعلى أنه إذا خولف الاصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى فقيس عليه بل يثبت الحكم بالبيعة فان التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع انه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فان الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فإذا تحالفا

(فصل) وان شرط الخيار شهراً يوماً يثبت ويوماً لا يثبت فقال ابن عقيل يصح في اليوم الاول لامكانه ويبطل فيما بعده لأنه اذا لزم في اليوم الثاني لم يعد الى الجواز ويحتمل بطلان الشرط كله لانه شرط واحد تناول الخيار في أيام فاذا فسد في بعضه فسد جميعه كما لو شرط الى الحصاد

(فصل) ويجوز لمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف وزفر ، وقال أبو حنيفة ليس له الفسخ إلا بحضرة صاحبه لأن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين فلم يملك أحدهما فسخه بغير حضور صاحبه كالوديعة . ولنا أنه رفع عقد لا يقتصر الى

فان رضي أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه وإن لم يرضيا فليس كل واحد منهما فسخه كما اذا كانت السلعة باقية ويرد الثمن إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع فان كان من جنس واحد وتساويا بعد التماضي تقاضا ، ويذهب أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما اذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري مع يمينه لانه لا فائدة في ذلك لان الحاصل به الرجوع إلى ما ادعاه المشتري . وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لان ذلك ضرر عايبه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السلعة رجعا إلى قيمة مثلها موصوفاً بصفاتها ، فان اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم

(فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد أشبه ما اذا اختلفا في القبض

(مسئلة) (وإن مانا فورتهما في منزلتهما) في جميع ما ذكرناه لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وارث حقوقهما فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما ، ولأنها يمين في المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين في الدعوى

(مسئلة) (ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهراً وباطناً وإن فسخ الظالم لم يفسخ في حقه باطناً وعليه أتم الغاصب)

وجملة ذلك أن الفسخ اذ وجد منها فقال القاضي ظاهر كلام أحمد أن الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كارد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فأشبهه الفسخ باللعان . وقال أبو الخطاب إن كان البائع ظالماً يفسخ العقد في الباطن لانه لا يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، وإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفسس المشتري ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث أنه لا يفسخ في الباطن بحال وهذا فاسد لانه لو علم أنه لا يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ومتى علم ان ذلك محرم منع منه ، ولان الشارع جعل للمظلوم منهما الفسخ ظاهراً وباطناً فأنفسخ بفسخه في الباطن كارد بالعيب (قال شيخنا) ويقوى عنسدي إن فسخه المظلوم منهما انفسخ ظاهراً وباطناً كذلك ، وإن فسخه الكاذب علماً بكذبه لم يفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة إلى صاحبه فيباح له التصرف فيما رجع اليه لانه رجع اليه بحكم من غير

رضا صاحبه فلم يفتقر الى حضوره كالطلاق وما قالوه ينتقض بالطلاق ، والوديعة لاحق للمودع فيها ويصح فسخها مع غيبته

(فصل) واذا انقضت مدة الخيار ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار ولزم العقد وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال القاضي لا يلزم بمضي المدة وهو قول مالك لان مدة الخيار ضربت لحق له لألحق عليه فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان كمضي الاجل في حق المولي . ولنا أنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاصل ، ولان الحكم بقائها يفضي الى بقاء الخيار في غير المدة التي شرطاه فيها

عدوان منه فأشبهه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه

(مسألة) (وان اختلفا في صفة الثمن تحالفاً إلا أن يكون للبلد تقدم معلوم فيرجع اليه)

اذا اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنها لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع الى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراد أنه اذا كان هو الاغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به أشبه اذا كان في البلد نقد واحد، ويحتمل أنه ردّها اليه مع التساوي لان فيه تسوية بينهما في الحق وتوسطا بينهما وفي العدول الى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى، وعلى مدعي ذلك اليمين لان قول خصمه محتمل فيجب اليمين لتفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، وإن لم يكن في البلد إلا نقدان تحالفاً لأنهما اختلفا في الثمن على وجه لم يترجح قول أحدهما فيتحالفاً كما لو اختلفا في قدره

(مسألة) (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه ، وعنه يتحالفاً إلا أن يكون شرطاً فاسداً فالقول قول من يثبتّه)

اذا اختلفا في أجل أو شرط أو رهن أو ضمين أو في قدر الاجل أو الرهن فالقول قول من ينفيه في احدى الروايتين مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة لان الاصل عدمه فكان القول قول من يدعيه كأصل العقد (والثانية) يتحالفاً وهو قول الشافعي لأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفاً كما لو اختلفا في الثمن ، فأما ان اختلفا فيما يفسد العقد فقال بعتك بخمس أو خيار مجهول أو في شرط فاسد ، وقال لا بل بعثني بنقد معلوم أو خيار معلوم إلى ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور طعاطي المسلمين الصحيح أكثر من تعاطي الفاسد ، وان قال بعتك مكرها فأنكر فالقول قول المشتري لان الاصل عدم الاكراه وصحة البيع كذلك ، وان قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري واسحاق لأنهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتالي قبلها ، ويحتمل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الاصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ويفارق ما اذا اختلفا في الاكراه والشرط الفاسد من وجهين (أحدهما) أن الاصل عدمه وههنا الاصل بقاءه (والثاني) أن الظاهر من المكلف أنه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ما ثبت أنه كان مكلفاً ، وإن قال بعتك وأنا مجنون فإن لم يعلم حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه ، وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي ، وان قال بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية منها لانه مكلف فالظاهر أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً

(مسألة) (وإن قال بعثني هذين قال بل أحدهما فالقول قول البائع)

والشرط سبب الخيار فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولأنه حكم مؤقت ففات بفوات وقته كباثر المؤقتات ولأن البيع يقتضي اللزوم ، وإنما تخلف موجه بالشرط ففيها لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجه لزوال المعارض كما لو أمضوه ، وأما المولي فإن المدة إنما ضربت لاستحقاق المطالبة وهي تستحق بمضي المدة والحكم في هذه المسئلة ظاهر

(فصل) فإن قال أحد المتعاقدين عند العقد لآخر خلاصة : أرى ذلك جائزا وله الخيار إن كان خلبه وإن لم يكن خلبه فليس له خيار وذلك لأن رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخذع في

أما إذا قال بعثني هذا العبد والامة بمائة قال بل بعثك العبد بخمسين فالقول قول البائع لأن المشتري يدعي عقداً ينكره البائع والقول قول المنكر ، وإن قال البائع بعثك هذا العبد بألف فقال بل هو والبعد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لأن البائع ينكر بيع العبد والائمة فكان القول قوله مع يمينه كما لو ادعى شراءه منفرداً . وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في أحد عوضي العقد أشبه ما لو اختلفا في الثمن وهذا القول أقيس وأولى إن شاء الله تعالى

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال بعثني هذا قال بل هذا خالف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما)

وذلك مثل أن يقول البائع بعثك هذا العبد قال بل بعثني هذه الجارية لأن كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه والقول قول المنكر فإذا خالف البائع ما بعثك هذه الجارية أقرت في يده وإن كان مدعيها قد قبضها ردت عليه ، وأما العبد فإن كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن للمشتري طلبه لأنه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن إليه لأنه لم يصل إليه المعقود عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لأنه يعترف أنه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بذل ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لتعذر الثمن عليه فذلك الفسخ كما لو أفلس المشتري ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لأنهما لا يتنافيان فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعاً وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة دون الآخر ثبت ما قامت عليه البينة دون الآخر

﴿ مسئلة ﴾ (وإن قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري لا أسلمه حتى أقبض المبيع وكان الثمن عيناً أو عرضاً جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم اليهما)

لأن حق البائع قد تعلق بعين الثمن كما تعلق حق المشتري بعين المبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على الآخر حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه وهذا قول الثوري وأحد أقوال الشافعي ، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع أولاً وهو قول ثان للشافعي والاولى لما ذكرنا ، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن قبل الاستيفاء كالمترهن ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع ونظامه فكان تقديمه أولى ويخالف الرهن فإنه لا يتعلق به مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع وإن كان ديناً أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن لأن حق المشتري تعلق بعين المبيع وحق البائع تعلق بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده وكذلك تقديم الدين الذي به الرهن على ما في الذمة

اليوع فقال « اذا بايعت فقل لا خلاية » متفق عليه ، وسلم « من بايعت فقل لا خلاية » فكان اذا بايع يقول لا خلاية ويحتمل أن لا يكون له الخيار ويكون هذا الخبر خاصاً لحبان لانه روي أنه عاش إلى زمن عثمان رضي الله عنه فكان يبايع الناس ثم يخاصمهم فيمر بهم بعض الصحابة فيقول لمن يخاصمه ويحك إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار ثلاثاً ، وهذا يدل على اختصاصه بهذا لأنه لو كان للناس عامة لقال لمن يخاصمه إن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لمن قال لا خلاية ، وقال بعض أصحاب الشافعي أن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث ثبت ، وإن علم أحدهما دون الآخر فعلى وجهين لأنه

وكذلك تقديم أرش الجناية على الدين لذلك ، وقال مالك وأبو حنيفة يحجر المشتري أولاً على تسليم الثمن كالمسئلة قبلها وقد ذكرنا ما يدل على خلافه ، إذا ثبت هذا وأوجبنا على البائع التسليم فسلم فإن كان المشتري موسراً والتمن حاضرراً أجبر على تسليمه وإن كان الثمن غائباً عن البلد في مسافة القصر أو كان المشتري معسراً فللبائع الفسخ لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن فكان له الفسخ والرجوع في عين ماله كالمفلس ، وإن كان الثمن في بيته أو بلده حجراً على المشتري في المبيع وسائر ماله حتى يسلم الثمن لثلاث يتصرف في ماله تصرفاً يضرب بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد قريباً دون مسافة القصر فللبائع الفسخ في أحد الوجهين لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن أشبه المفلس (والثاني) لا يثبت له خيار الفسخ لانه كالحاضر فعلى هذا يحجر على المشتري كما لو كان في البلد وهذا كله مذهب الشافعي ، وقال شيخنا ويقوى عندي انه لا يجب على البائع تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن من تسليمه لأن البائع انما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولأن المتعاقدين سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وانما يؤثر ما ذكر في الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض الآخر لعدم الضرر فيه أما مع الحظر المحوج الى الحجر أو المجوز الفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع الحجر لا يندفع به الضرر لانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولأن ما أثبت الحجر والفسخ بعد التسليم أولى أن يمنع التسليم لأن المنع أسهل من الرفع ، والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده ولذلك ملكت المرأة منع نفسها من التسليم قبل قبض صداقها ولم تملكه بعد التسليم على أحد الوجهين . وكل موضع قلنا له الفسخ فانه يفسخ بغير حكم حاكم لانه فسخ للمبيع لتعذر ثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله اذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك الى الحاكم لأن ولاية الحجر اليه

(فصل) فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فللبائع الفسخ في الحال لانه يملك الفسخ مع حضوره فحرمه أولى وإن كان موسراً أثبت البائع ذلك عند الحاكم ثم إن وجد الحاكم له مالا قضاء والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فالمشتري وإن أعوز ففي ذمته ، قال شيخنا ويقوى عندي ان للبائع الفسخ بكل حال لانا ابحنا له الفسخ مع حضوره اذا كان ائتمن بعيداً عن البلد للضرر في التأخير فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ، ولا يندفع الضرر برفع الامر الى الحاكم لانه قد يعجز عن انبائه عنده وقد يكون المبيع في مكان للاحكام فيه والغالب ان لا يحضره من يعرفه الحاكم بالعدالة فالحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوى ما ذكرته من ان للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل احضار الثمن لما في ذلك من الضرر

روي أن حبان بن منقذ بن عمرو كان لا يزال يقين فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له « إذا أنت بايعت فقل لا خلافة ثم أنت في كل سلامة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فان رضيت أمسكت وان سخطت فارددها على صاحبها » وما ثبت في حق واحد من الصحابة ثبت في حق سائر الناس ما لم يقم على تخصيصه دليل

ولنا أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا ولا يقتضي تقييده بثلاث والاصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه والخبر على الوجه الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلًا وهم لا يرون المرسل حجة ، ثم لم

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة وقال في الجميلة يضعها على يدي عدل حتى تستبرأ لأن التهمة تلحق فيها فنع منها . ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها قد قبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من المنع كالقبيحة ولأنه ان كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل منها بعيد نادر وان كان لم يستبرئها فهو الذي ترك التحفظ لنفسه ، ولو طالب المشتري البائع بكفيل مثلا تظهر حاملًا لم يكن ذلك لانه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طالب كفيلًا بالثمن المؤجل (مسئلة) (ويثبت الخيار للتخلف في الصفة وتغير ما تقدمت رؤيته وقد ذكرناه) في الفصل

السادس من كتاب البيع بما يغني عن اعادته

(فصل) قال رضي الله عنه (ومن اشترى مكيلا أو موزونا لم يحز بيعه حتى يقبضه ، وان تلف قبل قبضه فهو من مال البائث إلا ان يتلفه آدمي فيخير المشتري بين فسخ العقد واهضائه ومطالبته متلفه بدله وعنه في الصبرة المتعينة انه يجوز بيعها قبل قبضها ، وان تلفت فهي من ضمان المشتري) ظاهر المذهب ان المكيل والموزون لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه ، وهو ظاهر كلام الحنفي وكذلك قال في المعدود سواء كان متعينا كالصبرة او غير متعين كفقيز منها ، وهو ظاهر كلام احمد ونحوه قول اسحاق ، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحماد بن ابي سليمان ان كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي واصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بتعين كالققيز من صبرة والرطل من زبدة ، فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل ، وقد نقل عن احمد نحوه ذلك فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاما فطلب من يحمله فرجع وقد احترق فهو من مال المشتري . وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة لم يسم كيلا فلا بأس أن يشترك فيها ويبيع ماشاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولى حتى يكال عليه ، ونحو هذا قال مالك فانه قال فيما بيع من الطعام مكايلا أو موازنة لم يحز بيعه قبل قبضه وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلا أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول : مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المتنازع رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعافيا . وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي ﷺ ولان المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ونقل عن احمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكايلا أو موزونا أو لم يكن ، فعلى هذا

يقولوا بالحديث على وجهه إنما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثاً ولا يعلم ذلك أحد لأن اللفظ لا يقتضيه فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه ، وعلى أنه إنما كان خاصاً لحبان بدليل ما روينا ولا أنه كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه

(فصل) إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقرض بالثمن ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن فلا خيار فيه لانه من الحيل ولا يحل لأخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار ولا التصرف فيه ، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن الرجل يشتري من الرجل

يختص ذلك بالمطعم في أنه لا يدخل في ضمان المشتري إلا قبضه فان الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه ، وقال الأثرم سألت أبا عبد الله عن قوله نهى عن زبح ، إلا يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه ، وقال ابن عبد البر الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فمفهومه إباحة بيع ماسواه قبل قبضه وروى ابن عمر قال رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤدوه إلى رحلهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه (١) حتى يستوفيه» متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال . كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فها أنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز بيعه والتصرف فيه كما بعد قبضه ، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تصبصه على البيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ويدل بمفهومه على أن ما عدا الطعام يخالفه في ذلك

(١) بالرفع وفي رواية فلا يبيعه بالجزم والخبر في الأولى بمعنى الإنشاء

(فصل) وكل مالا يدخل في ضمان المشتري إلا قبضه لا يجوز له بيعه حتى يقبضه وقد ذكرنا ذلك وذكرنا الذي يحتاج إلى قبض والخلاف فيه لما ذكرنا من الأحاديث ولا أنه من ضمان بائعه فلم يجوز بيعه كالمسلم ولم نعلم بين أهل العلم في ذلك خلافاً إلا ما حكى عن النبي أنه لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه . قال ابن عبد البر وهذا قول مردود بالسنة والحجة الجامعة على الدمام وأظنه لم يبلغه الحديث ومثل هذا لا يلتفت إليه .

(فصل) والمبيع بصفة أو برؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع فعلى هذا لا يجوز بيعه قبل قبضه لأنه يتعلق به حق توفية فخرى مجرى المكيل والموزون

(فصل) وما يحتاج إلى القبض إذا تلف قبل قبضه فهو من ضمان البائع ، فان تلف بأفة سماوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن وان بان بفعل المشتري استقر عليه الثمن وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان اتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة ان لم يكن مثلياً ، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو اتلفه أجنبي ، وقال الشافعي : يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لانه تلف بضمنه به البائع أشبه تلفه بفعل الله تعالى ، وفرق أصحابنا بينهما لكونه إذا تلف بفعل

الشيء ويقول لك الخيار الى كذا وكذا مثل العقار قال هو جائز اذا لم يكن حيلة أراد أن يقرضه فيأخذ منه العقار فيستغله ويجعل له فيه الخيار لبيع فيما أقرضه بهذه الحيلة ، فان لم يكن أراد هذا فلا بأس ، قيل لا يبيعه الله فان أراد ارفاقه أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب فاشتري منه شيئاً وجعل له الخيار ولم يرد الحيلة فقال أبو عبد الله هذا جائز الا أنه اذا مات انقطع الخيار لم يكن لورثته ، وقول أحمد بالجواز في هذه المسئلة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به الا بالتلافه أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار لثلاثا يفضي الى أن القرض جر منفعة

الله تعالى لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما اذا اتلفه ، فان اتلافه يقتضي الضمان بالميل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الحيرة الى المشتري في التضمنين بأيهما شاء

(فصل) وان تعيب في يد البائع أو تلف قبضه بامر سبأوي فالمشتري مخير بين أخذه ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لانه ان رضي به معيباً فكأنه اشترى معيباً عالماً بعيبه لا يستحق شيئاً من أجل العيب ، وان فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لانه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فاذا تعيب أو تلف بعضه لم يكن له الفسخ لذلك لانه أتلف ملكه فلم يرجع على غيره وان كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بموض ما أتلف أو عيب ، وقياس قول الشافعي أنه بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى وان كان بفعل أجني فيه الفسخ والمطالبة بالثمن وأخذ المبيع ومطالبة الاجنبي بموض ما أتلف

(فصل) ولو باع شاة بشعر فأكلته قبل قبضه فان كانت في يد المشتري فهو كما لو أتلفه ، وان كانت في يد البائع فهو كاتلافه وكذلك ان كانت في يد أجني فهو كاتلافه ، وان لم يكن في يد أحد انفسخ البيع لان المبيع هلك قبل قبضه بامر لا ينسب إلى آدمي فهو كاتلافه بفعل الله تعالى

(فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد وباعهما أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لانه لكل قبل فسخ العقد ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة أو العبد أو الشقص بقيمة ذلك لتعذر رده ، وعلى الشفيع مثل الطعام لانه عوض الشقص

(مسألة) (وعنه في الصبرة المتينة أنه يجوز بيعها قبل قبضها وان تلفت فهي من ضمان المشتري) نقلها عنه أبو الحارث والجوزجاني واختاره القاضي وأصحابه ونحوه قول مالك لقول ابن عمر مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المتباع وقد ذكرنا ذلك

(مسألة) (وما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه وان تلف فهو من مال المشتري) وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه كالمكيل والموزون في ذلك كله ما عدا المكيل والموزون والمعدود والمطعوم على ما ذكرنا فيه من الخلاف يجوز التصرف فيه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحكم وحامد والاوزاعي وإسحاق ، وعن أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل القبض اختارها ابن عقيل ، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول أبي حنيفة والشافعي الا ان أبا حنيفة اختار بيع العقار قبل قبضه وإذا قلنا بجواز التصرف فيه فتلف فهو من ضمان المشتري ، وقال أبو حنيفة كل مبيع قبل قبضه من ضمان البائع الا العقار ، وقال الشافعي

(فصل) فان قال بعتك على أن تنقذي الثمن الى ثلاث أو مدة معلومة والا فلا بيع بيننا فالبيع صحيح نص عليه ، وبه قال أبو حنيفة والثوري وإسحاق ومحمد بن الحسن وبه قال أبو ثور اذا كان الشرط الى ثلاث ، وحكي مثل قوله عن ابن عمر ، وقال مالك يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها وان كان عشرين ليلة ففسخ البيع ، وقال الشافعي وزفر البيع فاسد لانه علق ففسخ البيع على غير فلم يصح كالمعلقه بقدم زيد

هو من ضمان البائع في الجميع ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد مثل ذلك . واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم أن يباع الطعام قبل قبضه ، وبما روي عن ابن عباس أنه قال أرى كل شيء بمنزلة الطعام (١) وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها التجار الى رحلهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حيث تقبض ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد الى مكة قال « انهم عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا » ولانه لم يتم الملك عليه فلم يحجز بيعه كثير المتعين أو كالملك والموزون .

(١) الطعام ربوي
وعليه مدار المعيشة
فلا يقاس عليه ما ليس
مثله في ذلك

ولنا على جواز بيعه قبل قبضه ما روى ابن عمر قال كنا نبيع الابل بالبيع بالدرهم فنأخذ بدل الدرام الدنانير ونبيع بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسلأنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « لا بأس اذا تفرقا وليس ينكح شي » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد العوضين ، وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب يعني لعمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » فقال هو لك يا رسول فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد الله ابن عمر فاصنع به ما شئت » وهذا ظاهر في التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر حملا ونقده منه ثم وهبه اياه قبل قبضه ولانه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ولانه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصح بيعه كالمال في يد المودع والمضارب

ولنا على أنه اذا تلف فهو من ضمان المشتري قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بال ضمان » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه وقول ابن عمر مضت السنة ان ما ادركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المتباع ، وأما احاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة لنا بفهمه فان تخصيص الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على جوازه فيما سواه وقولهم لم يتم الملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق واكثر ما فيه يخلف القبض واليد ليست شرطا في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه . لعنوم الخبر فيه قال القاضي ولو ابتاع شيئا مما يحتاج الى قبض فلقبه ببلد آخر لم يكن له أخذ بدله ان تراضيا لانه مبيع لم يقبض فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البذل عنه الا أن يكون سلما لانه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه

(فصل) وكل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبذل الصلح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود . ومالا يفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كموض الخلع والعرق على مال وبذل الصلح عن دم العمد وأرث الجناية وقيمة المتلف لان المقتضي للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود

ولنا أن هذا يروى عن عمر رضي الله عنه ولأنه علق رفع العقد بأمر يحدث في مدة الخيار فجاز كما لو شرط الخيار ، ولأنه نوع بيع فجاز أن يفسخ بتأخير القبض كالصرف ، ولأن هذا بمعنى شرط الخيار لانه كما يحتاج إلى التروي في البيع هل يوافقه أو لا يحتاج إلى التروي في الثمن هل يصير منقوداً أولاً فهما سريان في المعنى متغايران في الصورة إلا أنه في الخيار يحتاج إلى الفسخ وههنا يفسخ إذا لم ينقذ لانه جعله كذلك

(فصل) والعقود على أربعة أضرب (أحدها) عقد لازم يقصد منه العوض وهو البيع وما في معناه وهو نوعان (أحدهما) ثبت فيه الخياران خيار المجلس وخيار الشرط وهو البيع فيما لا يشترط فيه القبض في المجلس والصلح بمعنى البيع والهبة بعوض على إحدى الروايتين والاجارة في الذمة نحو أن يقول استأجرتك لتخبط لي هذا الثوب ونحوه فهذا يثبت فيه الخيار لان الخيار ورد في البيع وهذا في معناه ، فأما الاجارة المعينة فان كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس دون خيار الشرط لان دخوله يفضي الى فوت بعض المنافع المعقود عليها أو الى استيفائها في مدة الخيار وكلاهما لا يجوز

عليه لم يجوز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الفرر وما لا يتوهم فيه ذلك الفرر انتهى المانع فجاز التقدير عليه وهذا قول أبي حنيفة ، والمهر كذلك عند القاضي ، وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا يفسخ بهلاكه ، وقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انقضاؤه بسبب من جهة المرأة أو بصفة بالطلاق أو انقضاؤه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخنوع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ، فأما مملك بارث أو وصية أو غنيمة أو تعيين ملكه فيه فانه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لانه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي وان كان لانسان في يده غيره ودية أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيلاً فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لانه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها فهي كالتي في يده فان كان غصباً فقد ذكرنا حكمه

(فصل) فان اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل ان يقبضاه احتمال أن لا يجوز وكرهه الحسن وابن سيرين فيما يكال أو يوزن لانه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبهه غير المقبوض ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لثريكة كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله له لم يجوز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه اياه بذلك الكيل وان لم يتفرقا خرج على الروايتين اللتين ذكرناهما

(فصل) وكل ما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز فيه الشركة ولا التولية ولا الحوالة به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لانها تختص بمنثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالأقالة ، ولنا ان التولية والشركة من أنواع البيع فان الشركة بيع بعضه بقسطه من ثمنه والتولية بيع جميعه بمنثل ثمنه فيدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل قبضه ولانه تملك لغير من هو في ذمته فأشبهه البيع . وأما الأقالة فهي فسخ البيع فأشبهت الرد بالعيب ، وكذلك لا يصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة وما أشبه ذلك ولا التصرفات المنعقدة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه

وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي مرة مثل هذا ومرة قال يثبت فيها الخياران قياساً على البيع وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق بينهما ، وأما الشفعة فلا خيار فيها لأن المشتري يؤخذ منه المبيع قهراً والشفيع مستقل بانزاع المبيع من غير رضا صاحبه فأشبهه فسخ البيع بالرد بالبعب ونحوه ، ويحتمل أن يثبت للشفيع خيار المجلس لأنه قبل المبيع بثمنه فأشبهه المشتري (النوع الثاني) ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف والسلم ويبيع مال الربا بجنسه فلا يدخله خيار الشرط رواية واحدة لأن موضوعها على أن لا يبقى بينهما علة بعد التفرق بدليل اشتراط القبض وثبوت الخيار يتيقن بينهما علة ويثبت فيها خيار المجلس في الصحيح من المذهب لعموم الخبر ، ولأن موضوعه للنظر في الحظ في المعاوضة وهو موجود فيها وعنه لا يثبت فيها الخيار إلحاقاً بخيار الشرط (الضرب الثاني) لازم لا يقصد به العوض كالنكاح والخلع فلا يثبت فيها خيار لأن الخيار إنما

(مسئلة) (ويحصل القبض فيما يبع بالكيل والوزن بكيله ووزنه)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض ، وقد روي عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضه كالعقار. ولنا ما روى عثمان بن عفان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «إذا بعث فكل وإذا ابتعت فاكتل» رواه البخاري وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتله» رواه مسلم وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما يبع كيلاً

(مسئلة) (وفي الصبرة وما ينقل بالنقل) لأن ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشترى الطعام جزافاً أن لا يبيعه في مكانه حتى يحولوه ، وفي لفظ كنا نتباع الطعام جزافاً فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتعناه إلى مكان سواء قبل أن نبيعه ، وفي لفظ كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله رواه مسلم وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما يبع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضاً قوله عليه الصلاة والسلام «إذا سميت الكيل فكل»

(مسئلة) (وفيما يتناول بالتناول وفيما عدا ذلك بالتخلية)

وعنه أن قبض جميع الأشياء بالتخلية مع التمييز إذا كان البيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد وإن كان ثياباً فقبضها نقلاً وإن كان حيواناً فقبضه بمشيه من مكانه وإن كان ما لا ينقل ويحول فقبضه بالتخلية بينه وبين مشربه لا حائل دونه ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب فيه الرجوع إلى العرف كالاحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرناه

(فصل) وأجرة الكيل والوزن في المكيل والموزون على البائع لأن عليه تقييض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل إلا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة العداد في المعدودات وأما نقل المنقولات وما أشبهها فهو على المشتري لأنه لا يتعلق به حق توفية نص عليه أحمد (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لأنه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولأن التسليم من مقتضيات العقد فحقه وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

يثبت لمعرفة الحظ في كون العوض جائزاً لما يذهب من ماله والعوض ههنا ليس هو المقتصود وكذلك الوقف والهبة ولأن في ثبوت الخيار في النكاح ضرراً ذكرناه قبل هذا
(الضرب الثالث) لازم من أحد طرفيه دون الآخر كالرهن لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن فلا يثبت فيه خيار لأن المرتهن يستغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر والراهن يستغنى بثبوت الخيار له إلى أن يقبض وكذلك الضامن والكفيل لا خيار لهما لأنهما دخلا متطوعين راضين بالغبن وكذلك المكاتب

(الضرب الرابع) عقد جائز من الطرفين كالشركة والمضاربة والجمالة والوكالة والوديعة والوصية فهذه لا يثبت فيها خيار استثناء بجوازها ويمكن من فسخها بأصل وضعها
(الضرب الخامس) وهو متردد بين الجواز والازم كالساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان

(مسألة) (والاقالة فسخ يجوز في المبيع قبل قبضه ولا يستحق بها شفعة ولا يجوز إلا بمثل الثمن وعنه أنها بيع فلا يثبت فيها ذلك إلا بمثل الثمن في أحد الوجهين
اقالة التادم مستحبة لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من أقال نادماً بيعته أقاله الله عزته يوم القيامة » رواء ابن ماجه وأبو داود ولم يقل أبو داود يوم القيامة، وهي فسخ في أصح الروايتين اختارها أبو بكر وهي مذهب الشافعي (والثانية) هي بيع وهي مذهب مالك لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها فكانت بيعاً كالاول، وكونها بمثل الثمن لا يمنع من كونها بيعاً كالتولية، وحلي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرها فلا يثبت أحكام البيع في حقها بل يجوز في المبيع قبل قبضه وفي السلم ويثبت حكم البيع في حق الشفع فيجوز له أخذ الشقص الذي تقايل فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الرفع والازالة يقال أقالك الله عزتك أي أزالها فكانت فسخاً للعقد الاول بدليل جواز الاقالة في السلم مع إجماعهم على أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه، ولأنها مقدرة بالثمن الاول ولو كانت بيعاً لم تقدر به ولأنه عاد إليه المبيع بالفظ لا يتعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعب، ويدل على أبي حنيفة ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرها كالرد بالعب والفسخ بالخيار ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص والاصل اعتبار الحقائق، فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده وقال أبو بكر لا بد من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة

ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعب والتدليس والفسخ بالخيار أو لاختلاف المتبايعين وفارق العدة فلما اعتبرت للاستبراء والحاجة داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا، وإن قلنا هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخاً لأنها رفع للعقد وإزالة له وليست معاوضة فأشبهت سائر الفسوخ، ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحنث، وإن كانت بيعاً استحققت الشفعة وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها كالتولية. والصحيح أنها لا يجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الاول وأقل منه كسائر البياعات فإذا

فلا يدخلهما خيار وقد قيل هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان ، والسبق والرعي والظاهر أنهما جمالة فلا يثبت فيهما خيار وقيل هما اجارة وقد مضى ذكرها
(الضرب السادس) لازم يستقل به أحد المتعاقدين كالحالة والاختذ بالشفعة فلا خيار فيهما لان من لا يعتبر رضاه لا خيار له ، واذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر كسائر العقود ويحتمل أن يثبت الخيار للمجمل والشفيع لانها معاوضة يقصد فيها العوض فأشبهت سائر البيع

باب الربا والصرف

الربا في اللغة هو الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، يقال أربى فلان على فلان اذا زاد عليه . وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (وحرّم الربا) وما بعدها من الآيات

وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه . متفق عليهما في أخبار سوى هذين كثيرة . وأجمعت الامة على أن الربا محرم قلنا لا يجوز الا بئس الثمن وأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقيا للمشتري ، وهذا قال الشافعي ، وعن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويبطل الشرط لان لفظها اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فيبطل ونفي الفسخ على مقتضاء كسائر الفسخ ، ولذا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل فيبطل كبيع درهم بدرهمين ولان القصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا اشترط زيادة أو نقصا أخرج العقد عن مقصوده فيبطل كما لو باع بشرط أن لا يسلم اليه وفارق سائر الفسخ لان لا يعتبر فيه الرضى منهما بل يسأل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكّنه من الفسخ بدونه وإن شرط لنفسه شيئاً لم يلزم أيضا لانه لا يستحق أكثر من الفسخ وفي مسئلتنا لا يجوز الاقالة الا برضاها وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فأتى رضاه فبطل الاقالة لعدم رضاه بها

(باب الربا والصرف)

الربا في اللغة الزيادة قال الله تعالى (فاذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت) وقال (أن تكون أمة هي أربى من أمة) أي أكثر عدداً ، وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (وحرّم الربا) وما عداها من الآيات ، وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم « اجتنبوا السبع الموبقات » قيل يارسول الله ماهي ؟ قال « الشرك بالله ، والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات » وروي عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه متفق عليهما وأجمعت الامة على أن الربا محرم .

(فصل) والربا على ضربين ربا الفضل وربا النسيئة وأجمع أهل العلم على تحريمها وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس وأسامه بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا : إنما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم إنه رجع إلى قول الجماعة وروى ذلك الأثرم بإسناده وقاله الترمذي وابن المنذر وغيرهم وقال سعيد بإسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجعت عن الصرف وعن سعيد ابن جبير قال : سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأساً وكان يأمر به . والصحيح قول الجمهور لحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا غائباً بناجز » وروى أبو سعيد أيضاً قال : جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما ، قال الترمذي على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ربا إلا في النسيئة » محمول على الجنسين

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما كبل أو وزن من سائر الأشياء فلا يجوز التفاضل فيه إذا كان جنساً واحداً)

(مسألة) (وهو نوعان ربا الفضل وربا النسيئة) وأجمعت الأمة على تحريمها وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس وأسامه بن زيد وزيد بن أرقم وابن الزبير أنهم قالوا إنما الربا في النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري والمشهور من ذلك قول ابن عباس ثم إنه رجع إلى قول الجماعة وروى ذلك الأثرم وقاله الترمذي وابن المنذر وروى سعيد بإسناده عن أبي صالح قال صحبت ابن عباس حتى مات فوالله ما رجعت عن الصرف ، وعن سعيد بن جبير قال سألت ابن عباس قبل موته بعشرين ليلة عن الصرف فلم ير به بأساً وكان يأمر به ، والصحيح قول الجمهور لما روى أبو سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تتبعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تتبعوا منها غائباً بناجز » وعن أبي سعيد قال جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « من أين هذا يا بلال ؟ » قال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم « أوه عين الربا عين الربا لا تفعل ، ولكن إن أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتر به » متفق عليهما قال الترمذي : على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ربا إلا في النسيئة » محمول على الجنسين

(مسألة) (فاما ربا الفضل فيحرم في الجنس الواحد من كل مكيل أو موزون ، وإن كان يسيراً)

قوله من سائر الاشياء يعني من جميعها وضع سائر موضع جميع تجوزا وموضوعها الاصلي لباقي الشيء ، وقد روي عن النبي ﷺ في الربا احاديث كثيرة ومن أمها ما روي عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدأ بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم بدأ بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم بدأ بيد » رواه مسلم ، فهذه الاعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع واختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها وقال لا يجري في غيرها وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلّة وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته ، لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته في كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله تعالى (وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه (١) وهذا يعارض ما ذكره . ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد الاسمي بن جبير فانه قال كل شيئين يتقارب الاتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة بالشعير والتمر بالزبيب والذرة بالدخن لأنهما يتقارب نفقهما فجزيا مجرى نوعي جنس واحد وهذا يخالف قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدأ بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم » فلا يعول عليه ثم يبطل بالذهب بالفضة فانه يجوز التفاضل فيهما مع تقاربهما ، واتفق المعلنون على أن علة الذهب

كثرة بمرتبتين وجة بحيثين ، وعنه لا يحرم إلا في الجنس الواحد من الذهب والفضة وكل مطوم وعنه لا يحرم إلا في ذلك إذا كان مكيلا أو موزونا)

روي عن النبي ﷺ في الربا احاديث كثيرة من أمها حديث عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل والتمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل والملح بالملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدأ بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم بدأ بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم بدأ بيد » رواه مسلم . فهذه الاعيان الستة المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والاجماع ، واختلف أهل العلم فيما سواها فحكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا عليها ، وبه قال داود ونفاة القياس وقالوا ما عداها على أصل الاباحة لقول الله تعالى (وأحل الله البيع) واتفق القائلون بالقياس على أن ربا فيها بعلّة وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علته لان القياس دليل شرعي فيجب استخراج علة هذا الحكم واثباته حيث وجدت علته ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع وحرم الربا) يقتضي تحريم كل زيادة إذ الربا في اللغة الزيادة إلا ما أجمعنا على تخصيصه وهذا يعارض ما ذكره ، ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا يجري إلا في الجنس الواحد إلا سعيد بن جبير فانه قال : كل شيئين يتقارب الاتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا كالحنطة والشعير والتمر والزبيب والذرة والدخن لأنها يتقارب نفقهما فجزى مجرى نوعي الجنس ، وهذا يخالف لقول النبي ﷺ « يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم بدأ بيد وبيعوا التمر بالبر كيف شئتم » فلا يعول عليه واتفق المعلنون على أن علة الذهب

والفضة واحدة ، وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منها فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقى وابن أبي موسى وأكثر اصحاب وهو قول النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي . فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والورس والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجبية؟ بالابل فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه الامام أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما وزن مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً ، وما كيل مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً » رواه الدارقطني ، ورواه عن ابن صاعد عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أحمد بن محمد بن أيوب عن أبي بكر بن عباس عن الربيع عن صبيح عن الحسن عن عبادة وأنس عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال لم يروه عن أبي بكر هكذا غير محمد بن أحمد بن أيوب وخالفه غيره فرواه بلفظ آخر ، وعن عمار أنه قال العبد خير من العبدین والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به ، انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولان قضية البيع المساواة والمؤثر في تحقيقها الكيل والوزن فالجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساوى في الكيل

والفضة واحدة وعلة الاعيان الاربعة واحدة ، ثم اختلفوا في علة كل واحد منها فروي عن أحمد في ذلك ثلاث روايات أشهرهن أن علة الربا في الذهب والفضة كونه موزون جنس ، وعلة الاعيان الاربعة كونه مكيل جنس نقلها عن أحمد الجماعة وذكرها الخرقى وابن أبي موسى وأكثر اصحاب وبه قال النخعي والزهري والثوري واسحاق وأصحاب الرأي ، فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غير مطعوم كالحبوب والاشنان والنورة والقطن والصوف والكتان والحناء والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين فاني أخاف عليكم الرماء » وهو الربا فقام اليه رجل فقال : يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل ؟ فقال « لا بأس اذا كان يداً بيد » رواه أحمد في المسند عن ابن حبان عن أبيه عن ابن عمر ، وعن أنس أن النبي ﷺ قال « ما وزن مثلاً بمثل اذا كان نوعاً واحداً » رواه الدارقطني ، وعن عمار أنه قال : العبد خير من العبدین والثوب خير من الثوبين فما كان يداً بيد فلا بأس به انما الربا في النساء إلا ما كيل أو وزن ، ولان قضية البيع المساواة والمعتبر في تحقيقها الكيل والوزن فالجنس فان الوزن أو الكيل يسوي بينهما صورة والجنس يسوي بينهما معنى فكانا علة ووجدنا الزيادة في الكيل محرمة دون الزيادة في الطعم بدليل بيع الثقيلة بالخفيفة فانه جائز اذا تساوى

(والرواية الثانية) أن العلة في الأمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطومات ويخرج منه ما عداها ، قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو هذا قال الشافعي فإنه قال العلة الطعم والجنس شرط ، والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل . رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف إذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأمان الوزن لم يحجز اسلامها في الموزونات لأن أحد وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالنفاح والرمان والحوخ والبطيخ والكمثرى والانرج والسفرجل والاجاص والخيار والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد والرصاص ونحوه ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاربا إلا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطني وقال الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ، ولأن الدليل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المائلة وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه والطعم بمجرد لا تحقق المائلة به لعدم المعيار الشرعي فيه وإنما تجب المائلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً فوجب أن يكون الطعم معتبراً في

في المكيل (والرواية الثانية) أن العلة في الأمان الثمنية وفيما عداها كونه مطعوم جنس فيختص بالمطومات ويخرج منه ما عداها . قال أبو بكر روي ذلك عن أحمد جماعة ، ونحو ذلك قول الشافعي فإنه قال : العلة الطعم والجنس شرط والعلة في الذهب والفضة جوهرية الثمنية غالباً فيختص بالذهب والفضة لما روى معمر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل رواه مسلم ، ولأن الطعم وصف شرف اذ به قوام الابدان ، والثمنية وصف شرف إذ بها قوام الاموال فيقتضي التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأمان الوزن لم يحجز اسلامها في الموزونات لأن أحد وصفي علة الربا يكفي في تحريم النساء (والرواية الثالثة) العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنس مكيلاً أو موزوناً فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالنفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والاشنان والحديد ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وهو قديم قولي الشافعي لما روي عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لاربا الا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » أخرجه الدارقطني وقال : الصحيح أنه من قول سعيد ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لكل واحد من هذه الاوصاف أثراً والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه فلا يجوز حذفه ولأن الكيل والوزن والجنس لا يقتضي وجوب المائلة وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضي ثبوت الحكم لا ما تحقق شرطه ، والطعم بمجرد لا تحقق المائلة به لعدم المعيار الشرعي فيه ، وإنما تجب المائلة في المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن ولهذا وجبت المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً فوجب أن يكون الطعم معتبراً في المكيل

المكيل والموزون دون غيرها والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقيد كل واحد منها بالآخر ، فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام الا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي وهو الكيل والوزن ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين الجنس الواحد علة وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل « لا بأس به اذا كان يدأ بيد » وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم اتباع عبدأ بعدين رواه أبو داود والترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وقول مالك ينتقض بالخطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده (١) وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة والحاصل أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والخل والبن واللحم ونحوه وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث سوى قتادة فإنه بلغني أنه شذ عن جماعة الناس فقصر تحريم التفاضل على الستة الاشياء ، وما انعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم كالتين والنوى والقت والماء والطين الارمني فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولاً فهو اذاً من القسم الاول وما عداها انما يؤكل سفهاً فحري مجرى الرمل والحصى وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة « لا تأكل الطين فإنه يضر » وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله تعالى حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها

والموزون دون غيرها ، والاحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها وتقيد كل واحد منها بالآخر فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل يتقيد بما فيه معيار شرعي من كيل أو وزن ، ونهيه عن بيع الصاع بالصاعين يتقيد بالمطعوم المنهي عن التفاضل فيه وهذا اختيار شيخنا ، وقال مالك العلة القوت أو ما يصلح به القوت من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره . وقال ابن سيرين في الجنس الواحد ، وهذا القول لا يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل « لا بأس إذا كان يدأ بيد » وروي أن النبي ﷺ اتباع عبدأ بعدين رواه أبو داود والترمذي وقال : هو حديث صحيح ، وقول مالك ينتقض بالخطب والادام يستصلح به القوت ولا ربا فيه عنده ، وتعليل ربيعة ينعكس بالملح والعكس لازم عند اتحاد العلة . فالحاصل ان ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد ففيه الربا رواية واحدة كالارز والدخن والذرة والقطنيات والدهن والبن ونحوه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر هذا قول علماء الامصار في القديم والحديث ، وما يعدم فيه الكيل والوزن والطعم واختلف جنسه فلا ربا فيه رواية واحدة ، وهو قول أكثر أهل العلم وذلك كالتين والنوى والقت والماء ، والطين الارمني فإنه يؤكل دواء فيكون موزوناً مأكولاً فهو اذاً من القسم الاول وما عداها انما يؤكل سفهاً فحري مجرى الرمل والحصى . وما وجد فيه الطعم وحده أو الكيل والوزن من جنس واحد ففيه روايتان ، واختلف أهل العلم فيه . والاولى ان شاء الله حله إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به ولا معنى يقوي التمسك به وهي مع ضعفها يارض

(١) فيه أنه

أراد ما يصلح به القوت والملح والادام والخطب ونحوه من الوفود لم يسمه أحد مصلحاً للطعام ، فالحق أن قول مالك هو المعقول الموافق لنص الحديث ، فلا يقاس على الستة الاشياء الا ما حل محلها في كونه معياراً للأثمان والمعاملات كالنقدين او قوتا غالباً يدخر ويجرد الطعم او الكيل والوزن لا يصلح علة لهذا التضييق على عباد الله ولو اراهم الشارح لعبر بها فأوجز واختصر

يعارض بعضها بعضاً فوجب اطراحها أو الجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار. ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة والدخن أو أدماً كالقطنيات واللبن والحجم، أو تفكها كالثمار أو تدأوا كالأهليلج والسقمونيا فإن الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله ما كيل أو وزن أى ما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً وإن لم يأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحببتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة، أو لكثرة كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحببتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كياله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، من زاد أو ازداد فقد أربى» ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله كالوزون

(فصل) ولا يجوز بيع تمر بتمر ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري ولا أعلمه منصوصاً عليه وإن كنهه قياس قولهم لأن ما أصله الكيل لا تجري المائنة في غيره

(فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كعمول الحديد والرصاص والقطن والكتان والصوف والابرسم (١) فالنصوص عن أحمد في الثياب والا كسبة أنه لا يجري فيها الربا فإنه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال لا يباع الفاس بالفلسين ولا السكين بالسكينين، ولا ابرة بابرتين أصله الوزن، ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فجعل

(١) كثرت أنواع الموازين في عصرنا فصار كل شيء يوزن كما يشير إليه قوله تعالى (وأثبتنا فيها من كل شيء موزن) فكيف يحكمون موازينهم في أحكام الشرع العامة؟

بعضها بعضاً فوجب اطراحها والجمع بينها والرجوع إلى أصل الحل الذي يقتضيه الكتاب والسنة والاعتبار، ولا فرق في المطعومات بين ما يؤكل قوتاً كالارز والذرة أو أدماً كالقطنيات واللحم واللبن أو تفكها كالثمار أو تدأوا كالأهليلج والسقمونيا فإن الكل في باب الربا واحد

(فصل) وقوله في كل مكيل أو موزون أى ما كان جنسه مكيلاً أو موزوناً وإن لم يأت فيه كيل ولا وزن إما لقلته كالحبة والحببتين والحفنة والحفنتين وما دون الارزة من الذهب والفضة أو لكثرة كالزبرة العظيمة فإنه لا يجوز بيع بعضه ببعض إلا مثلاً بمثل ويحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر، ورخص أبو حنيفة في بيع الحفنة بالحفنتين والحبة بالحببتين وسائر المكيل الذى لا يتأتى كياله ووافق في الموزون واحتج بأن العلة الكيل ولم يوجد في اليسير

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل من زاد أو ازداد فقد أربى» ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله كالوزون ولا يجوز بيع تمر بتمر ولا حفنة بحفنة وهذا قول الثوري لأن ما أصله الكيل لا تجري المائنة في غيره

(فصل) أما ما لا وزن للصناعة فيه كعمول الحديد والرصاص والقطن والكتان والصوف والحرير فالنصوص عن أحمد في الثياب والا كسبة أنه لا يجري فيها الربا فإنه قال لا بأس بالثوب بالثوبين والكساء بالكساءين وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال لا يباع الفاس بالفلسين ولا السكين بالسكينين ولا الابرة بالابرتين أصله الوزن ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى فجعل

فيها جميعا روايتين (احدهما) لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النقص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لأن أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالحبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا وما لا فلا (فصل) ويجري الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف لا يجري فيه لأنه يباع بغير وزن . ولنا أنه لحم يجري فيه الربا كسائر اللحان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله ويختلف قيمته بثقله وخفته فأشبه ما يباع من الحبز بالعدد

(فصل) والجيد والردى والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وتحريره مع التفاضل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكي بعض أصحابنا عن أحمد رواية لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل » وعن عبادة عن النبي ﷺ أنه قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الأشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى »

الجميع روايتين (احدهما) لا يجري في الجميع وهو قول الثوري وأبي حنيفة وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ولا مكيل وهذا هو الصحيح إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة وعدم النقص والاجماع فيه (والثانية) يجري الربا في الجميع اختارها ابن عقيل لأن أصله الوزن فلا يخرج بالصناعة عنه كالحبز ، وذكر أن اختيار القاضي أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالاسطال ففيه الربا والا فلا

(فصل) ويجري الربا في لحم الطير وعن أبي يوسف لا يجري فيه لأنه يباع بغير وزن . ولنا أنه لحم فأشبه سائر اللحان وقوله لا يوزن قلنا هو من جنس ما يوزن ويقصد ثقله ويختلف قيمته بثقله وخفته أشبه ما يباع من الحبز عدداً

(فصل) والجيد والردى والتبر والمضروب والصحيح والمكسور سواء في جواز البيع مع التماثل وهذا قول أكثر العلماء منهم أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه وأنكر ذلك أصحابه ، وحكي بعض أصحابنا عن أحمد رواية أنه لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة لان للصناعة قيمة بدليل حالة الاتلاف فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل » وعن عبادة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الذهب بالذهب تبرها وعينها ، والفضة بالفضة تبرها وعينها » رواه أبو داود وروى مسلم عن أبي الأشعث أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس فبلغ عبادة فقدم فقال لني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر ، والشعير بالشعير والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين

وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها، فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الاثماً بمثل، ثم قدم أبو الدرداء على عمر ابن الخطاب رضي الله عنهما فذكر له ذلك، فكتب عمر الى معاوية لا تبع ذلك الا مثلاً بمثل وزناً بوزن، ولانهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالخيد والرديء، فأما إن قال لصائع صنع لي خاتماً وزنه درهم وأعطيتك مثل وزنه وأجرتك درهماً فليس ذلك ببيع درهم بدرهمين، وقال أصحابنا للصائع أخذ الدرهمين (أحدهما) في مقابلة الخاتم (والثاني) أجرة له

(فصل) وكل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء بغير خلاف نعلمه وبحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم «عينا بعين» وقوله «يداً بيد» ولأن تحريم النساء أكد، ولذلك جرى في الجنسين المختلفين فإذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿مسئلة﴾ قال (وما كان من جنسين فجاز التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسيئة)

لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه الا عن سعيد بن جبيرة أنه قال: ما يتقارب الاتفاق بهما لا يجوز التفاضل فيهما وهذا برده قول النبي صلى الله عليه وسلم «يبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، ويبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، ويبيعوا الثمير بالشعير كيف شئتم يداً بيد» وفي لفظ «إذا اختلفت هذه الاشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» رواه مسلم وأبو داود، ولأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كما لو تباعدت منافعهما ولا خلاف في إباحة التفاضل في الذهب بالفضة مع تقارب منافعهما، فأما النساء فكل جنسين يجري فيهما الربا بعة واحدة كالمكيل بالمكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعمل به فإنه يحرم بيع أحدهما بالآخر نساء بغير خلاف نعلمه وذلك لقوله عليه السلام «فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد» وفي لفظ «لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا، ولا بأس ببيع البر بالشعير والشعير أكثرهما يداً بيد وأما النسيئة فلا» رواه أبو داود الا أن يكون أحد العوضين ثمناً والاخر مثمناً فإنه يجوز للنساء بينهما بغير خلاف لأن الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس المال الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب، فأما إن اختلفت علتها كالمكيل بالموزون مثل بيع اللحم بالبر ففيهما روايتان (أحدهما) يحرم النساء فيها وهو الذي ذكره الحرق ههنا لانهما مالان من أموال الربا فحرم النساء فيهما كالمكيل بالمكيل (والثانية) يجوز النساء فيها وهو قول النخعي لانهما لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالتيا ب الخيوان

(فصل) وإذا باع شيئاً من مال الربا بغير جنسه وعة ربا الفضل فيهما واحدة لم يجز التفرق قبل القبض، فإن فعلاً بطل إنعقد وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يشترط اتقابض فيهما كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد النقيدين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر

بعين فمن زاد أو أزداد فقد أربى» وروى الاثرم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن مثل هذا الاثماً بمثل ولائهما تساويا في الوزن فلا يؤثر اختلافهما في القيمة كالخيد بالرديء، فأما إن قال لصائع

بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد» رواه مسلم وقال عليه السلام «فاذا اختلفت هذه الاصناف فيموا كيف شئتم يداً بيد» وروى مالك بن أوس بن الحدثان أنه التمس صرافاً بمائة دينار قال فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوينا حتى اضطررني فأخذ يقلبها في يديه ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر بسمع ذلك فقال لا والله لا تفارقه حتى تأخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الذهب بالورق ربا الاهاء وهاء، والبر بالبر ربا الاهاء وهاء، والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء، والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء» متفق عليه والمراد به القبض بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة ولهذا فسره عمر به ولانها مالان من أموال الربا عليهما واحدة فخرم التفرق فيهما قبل القبض كالذهب بالفضة فأما إن اختلفت عليهما كالمكيل بالموزون عند من يعمل بهما فقال أبو الخطاب يجوز التفرق فيهما قبل القبض رواية واحدة لان عليهما مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن، وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يتصور عنده ذلك الا في بيع الأمان بغيرها، ويحتمل كلام الحرقي وجوب التقاض على كل حال لقوله «يدا بيد»

(مسئلة) قال (وما كان مما لا يكال ولا يوزن جازئ التفاضل فيه يداً بيد ولا يجوز نسبته)

اختلفت الرواية في تحريم النساء في غير المكيل والموزون على أربع روايات (أحدها) لا يحرم النساء في شيء من ذلك سواء بيع بجنسه أو بغيره متساوياً أو متفاضلاً إلا على قولنا أن العلة الطعم فيحرم النساء في المطعم ولا يحرم في غيره، وهذا مذهب الشافعي واختار القاضي هذه الرواية لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشاً فنقدت الأبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى أبل الصدقة. رواه أبو داود وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد أن علياً باع بعيراً له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل، ولانها مالان لا يجري فيهما ربا الفضل فجاز النساء فيهما كالعرض بالدينار ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يجز في الأموال كلها كالتنوع الآخر (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال بيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم في غير ذلك، وهذا مذهب أبي حنيفة ومن كره بيع الحيوان بالحيوان نساء ابن الحنفية وعبد الله بن عمر وعطاء وعكرمة بن خالد وابن سيرين واثوري، وروي ذلك عن عمار وابن عمر لما روى سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسبته قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح. ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فخرم النساء كالمكيل والوزن (والثالثة) لا يحرم النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلاً فالما مع التماثل فلا لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحيوان اثنين يواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد» قال الترمذي هذا حديث حسن، وروى ابن عمر أن رجلاً قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجبية بالابل؟ فقال «لا بأس إذا كان يداً بيد» من المسند وهذا يدل على اباحة النساء مع التماثل بمفهومه (والرابعة) يحرم النساء في كل مال يبيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو من غير جنسه، وهذا

أضغ لي خاتماً وزنه درهم وأعطيت مثل زنته وأجرتك درهماً فليس ذلك بيع درهم بدرهمين، وقال أصحابنا للصائغ أخذ الدرهمين أحدهما في مقابلة الخاتم والباقي أجرة له

ظاهر كلام الحرقى ويحتمل أنه أراد الرواية الثالثة لأنه بيع عرض بعرض فحرم النساء بينها كالحنسين من أموال الربا، قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضاً بعرض ومعه أحدهما دراهم العروض نقداً والدراهم نسيئة جاز وإن كانت الدراهم نقداً والعروض نسيئة لم يحز لأنه يفضي إلى النسيئة في العروض وهذه الرواية ضعيفة جداً لأنه أثبت حكم يخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فإن في المحل الجمع عليه أو المنصوص عليه أو صافاً لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار وما هذا سبيله لا يجوز إثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلاً فكيف يثبت مع مخالفة الأصل في حل البيع؟ وأصح الروايات هي الأولى لموافقتها الأصل، والاحاديث المخالفة لها قال أبو عبدالله ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة قال الأثرم قال أبو عبد الله لا يصح سماع الحسن من سمرة وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه نساء وحجاج هذا هو حجاج بن أرطاة قال يعقوب بن شيبه هو وأبي الحديث وهو صدوق . وإن كان أحد الميعة مما لا ربا فيه والآخرة ربا كالمسكيل بالمعدود ففيه روايتان (أحدهما) يحرم النساء فيهما (والثانية) لا يحرم كما لو باع معدوداً بمعدود من غير جنسه

(مسئلة) قال (ولا يباع شيء من الرطب يابس من جنسه إلا العرايا)

أراد الرطب مما يجري فيه الربا كالرطب بالتمر والعنب بالزبيب واللبن بالجين والحنطة المبولة أو الرطبة باليابسة أو المقلية بالنسيئة ونحو ذلك ، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابن عبد البر جمهور علماء المسلمين على أن يبيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال ، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك لأنه لا يخلو ما أن يكون من جنسه فيجوز لقوله عليه السلام « التمر بالتمر مثلاً بمثل » أو من غير جنسه فيجوز لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » ولنا قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمر بالتمر » وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً متفق عليه وعن سعد بن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال « ينقص الرطب إذا يبس ؟ » قالوا نعم فنهى عن ذلك رواء مالك وأبو داود والأثرم وابن ماجه ولفظ رواية الأثرم قال (فلا إذن) نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس وروى مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة والمزبنة يبيع الرطب بالتمر كيلاً وبيع العنب بالزبيب كيلاً ولأنه جنس فيه الربا يبيع بعضه ببعض على وجه يفرد أحدهما بالنقصان فلم يحز كبيع المقلية بالنسيئة. ولا يلزم الحديث بالعتيق لأن التفاوت يسير قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد أبو عياش راويه ضعيف وليس الأمر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ وهو لا يروي عن متروك الحديث (فصل) فأما بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما يبس فأما ما لا يبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لأنه

(فصل) وكل ما حرم فيه ربا الفضل حرم فيه النساء بغير خلاف علمناه ، ويحرم التفرق قبل القبض لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عيناً بعين » وقوله « يدأ بيد » ولأن تحريم النساء أكد ولذلك جرى في

لا يعلم تساويها حالة الادخار فاشبه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا الى هذا وحمل كلام الحرقي عليه لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً ويجوز اذا تناهى جفافه مثلاً بمثل ومفهوم كلام الحرقي هنا لإباحة ذلك لان مفهوم شبهه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر لإباحة بيع كل واحد منها بمثله ولائها تساويها في الحال على وجه لا ينفرد أحدها بالنقصان فجاز بيع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فبقي على العموم وما ذكره لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدها بالنقصان بخلاف مسئلتنا ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت في ذلك يسير ولا يمكن ضبطه فيعفى عنه .

﴿مسألة﴾ قال (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ولا ما أصله الوزن كيلاً)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائنة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافها فيما سواها وإن لم يوجد لم يصح البيع وإن تساوى في غيرها، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور أهل العلم لا نعلم أحداً خالفهم الا مالكاً قال يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافاً ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب وزناً بوزن ، والفضة بالفضة وزناً بوزن ، والبر بالبر كيلاً بكيل ، والشعير بالشعير كيلاً بكيل » رواه الاثرم في حديث عبادة ، ورواه أبو داود ولفظه « البر بالبر مدي بمدي ، والشعير بالشعير مدي بمدي ، والملح بالملح مدي بمدي ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ومشبه بهما ، ولأنه جنس يجري فيه الربا فلم يحز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ، ولأنه موزون من أموال الربا فاشبه الذهب والفضة ولان حقيقة الفضل مبطله للبيع ولا نعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والائمان ، اذا ثبت هذا فانه لا

الجنسين المختلفين فاذا حرم التفاضل فالنساء أولى بالتحريم

﴿مسألة﴾ (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزناً ولا ما أصله الوزن كيلاً)

لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائنة في بيع الاموال التي يحرم التفاضل فيها وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلاً وفي الموزون وزناً ، ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافها فيما سواها وان لم توجد لم يصح البيع وهذا قول أبي حنيفة والشافعي واكثر أهل العلم . وقال مالك يجوز بيع بعض الموزونات ببعض جزافاً . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن والفضة بالفضة وزناً بوزن والبر بالبر كيلاً بكيل والشعير بالشعير كيلاً بكيل » رواه الاثرم عن عبادة ورواه أبو داود وفي لفظ « البر بالبر مداً بمد والشعير بالشعير مداً بمد فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات بالكيل وما عدا الذهب والفضة من الموزونات مقيس عليهما ولانه جنس يجري فيه الربا فلم يحز بيع بعضه ببعض جزافاً كالمكيل ولان حقيقة الفضل مبطله للبيع ولا يعلم عدم ذلك الا بالوزن فوجب ذلك كما في المكيل والائمان اذا ثبت هذا فانه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً لان التماثل في

يجوز بيع المكيل بالمكيل وزنا ، ولا يبيع الموزون بالموزون كيلا لان التماثل في الكيل مشروط في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فتي باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وإن لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالمكيل فلا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز إذا كانا من صنف واحد وذلك لما روى مسلم عن جابر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالمكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ، ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

(فصل) وما لا يشترط التماثل فيه كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الخريفي لتخصيصه ما يكال بمنع بيعه بشيء من جنسه وزنا ، وما يوزن بمنع بيعه من جنسه كيلا وهذا قول أكثر أهل العلم ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كيف هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جزافا وبيع الموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره ذلك . قال ابن أبي موسى لا خير فيما يكال بما يكال جزافا ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا اتفقت

الكيل مشروط في المكيل وفي الوزن في الموزون وقد عدت ولانه متى باع رطلا من المكيل برطل حصل في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل فيختلفان في الكيل وان لم يعلم الفضل لكن يجهل التساوي فلا يصح كما لو باع بعضه ببعض جزافا . وكذلك اذا باع الموزون بالموزون بالكيل لا يتحقق التماثل في الوزن فلم يصح كما ذكرنا في المكيل

(فصل) ولو باع بعضه ببعض جزافا أو كان جزافا من أحد الطرفين لم يجز قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن ذلك لا يجوز إذا كانا من صنف واحد لما روى مسلم عن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالمكيل المسمى من التمر ، وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن » إلى تمام الحديث دليل على أنه لا يجوز بيعه الا كذلك ولان التماثل شرط والجهل به يبطل البيع كحقيقة التفاضل

﴿مسألة﴾ قال (فان اختلف الجنس جاز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا)

ما لا يشترط فيه التماثل كالجنسين ومالا ربا فيه يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزنا وجزافا وهذا ظاهر كلام الخريفي وهو قول أكثر العلماء قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الصبرة من الطعام بالصبرة لا يدري كم كيل هذه ولا كم كيل هذه من صنف واحد غير جائز ولا بأس به من صنفين استدلالا بقوله عليه السلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وذهب بعض أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون جزافا ، وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم أكره

الاجناس أو اختلفت، ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة ولانه يبيع مكيل بمكيل أشبه الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فيبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولان قول الله تعالى (وأحل الله البيع) عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه فقيماً عداً يجب البقاء على العموم ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً من الطرفين كالكيل بالموزون . يحققة أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً وحديثهم أراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض الفاظه « نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر » ثم هو مخصوص بالمكيل والموزون ففقيس عليه محل النزاع وما ذكر من القياس غير صحيح لان المكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه فتم من بيعه مجازفة لفوات المائلة المشروطة وفي الجنس لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما لم يصح لما ذكرنا وان علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترك وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع والا فلا ، وان باع صبرة بصبرة من غير جنسها صح عند من يجوز بيع المكيل بالمكيل جزافاً ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه مثلاً بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع . وان زادت احدهما فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكر هذا الفصل القاضي وهو مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز قسم المكيل وزناً وقسم الموزون كيلاً وقسم الثمار خرصاً وقسم ما لا يجوز بيع بعضه ببعض لان القسمة افراز حق وليست بيعاً ، ونقل عن ابن بطة ما يدل على أنها بيع فيثبت فيها أحكام البيع ويمنع فيها ما ذكرناه لان كل جزء من ذلك مشترك بينهما فاذا تعين لكل واحد منهما حق فقد

ذلك قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يكال بما يكال جزافاً ، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافاً . اتفقت الاجناس أو اختلفت ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر قالوا لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة وقياساً على الجنس الواحد ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فيبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ولانه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافاً كالكيل بالموزون ، يحققة أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يمنع وحديثهم أراد به الجنس الواحد ، ولهذا جاء في بعض ألفاظه : نهى أن تباع الصبرة لا يعلم مكيلها من التمر بالصبرة لا يعلم مكيلها من التمر . ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون ففقيس عليه محل النزاع والقياس لا يصح لان الجنس الواحد يجب التماثل فيه فتم من بيعه مجازفة لفوات المائلة المشروطة وفي الجنس لا يشترط التماثل ولا يمنع حقيقة التفاضل فاحتماله أولى

(فصل) إذا قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة وهما من جنس واحد وقد علما كيلهما وتساويهما صح البيع لوجود التماثل المشترك ، وان قال بعتك هذه الصبرة بهذه الصبرة مثلاً بمثل فكيلتا فكانتا سواء صح البيع ، وان زادت إحداها فرضي صاحب الناقصة بها مع نقصها أو رضي صاحب الزائدة برد الفضل على صاحبه جاز وان امتنع فسخ البيع بينهما ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي

اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه وللشافعي قولان كالذهنين ، والظاهر أنها افراز حق بدليل اعتبار تعديل السهام ودخول القرعة فيها ولزومها بها والاجبار عليها وأنها لا تقتصر الى لفظ بيع ولا تملك ولا يدخلها خيار ولا تجوز الا بقدر الحقين ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم ، وتفاير الاحكام والاصماء دليل على اختلافهما ، وروي عن ابن عباس أنه قال قسمت الصحابة رضي الله عنهم الغنائم بالحجف وذلك كيلا الاثمان بمحض من جماعة كثيرة منهم وانتشر في بقيتهم فلم ينكر فصار اجماعا على ما قلناه .

(فصل) في معرفة المكيل والموزون والمرجع في ذلك الى العرف بالحجاز في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة أن الاعتبار في كل بلد بمادته ، ولنا ما روى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » والنبي صلى الله عليه وسلم انما يحمل كلامه على بيان الاحكام ولان ما كان مكيلا بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم في تقاض المكيال اليه فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك وهكذا الموزون ، ومالا عرف له بالحجاز يحتمل وجهين (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء شها به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يمتد عرفه في موضعه فان لم يكن له في الشرع حد كان المرجع فيه الى العرف كالقبض والاحراز والفرق وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى هذا ان اختلفت البلاد فلا اعتبار بالغالب فان لم يكن غالب بطل هذا الوجه وتعين الاول ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، قاله والشعير مكيال منصوص عليها بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بذيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والخص والنورة وما أشبهها . والتمر مكيال وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر تمر النخل من الرطب والبسر وغيرهما وسائر ما يحجب فيه الزكاة من التمار مثل الزبيب والقسق والبندق والعناب والمشمس والبطم والزيتون واللوز . والملح مكيال وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مدي بمدي » والذهب والفضة موزونان ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزنا بوزن والفضة بالفضة وزنا بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالحديد والنحاس والصفرة والرخاص والزجاج والزئبق ومنه الابريسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ومنه الخبز واللحم والشحم والحين والزبد والشمع وما أشبهه . وكذلك الزعفران والعصفر والورس وما أشبه ذلك

﴿ مسألة ﴾ (والجنس ماله اسم خاص يشتمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح) الجنس الشامل لاشياء مختلفة بأنواعها ، والنوع الشامل لاشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنسا بالنسبة الى ما تحته والجنس نوعا بالنسبة الى ما فوقه . والمراد ههنا الجنس الاخص والتوع الاخص فكل نوعين اجتماعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الحنطة وأنواع الشعير فالتصور كلها جنس وان كثرت أنواعها كالبرني والمقلي وغيرها وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل ، وان اختلفت الانواع لما ذكرنا من قول النبي ﷺ « التمر بالتمر مثلاً بمثل » الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ثم قال « فاذا اختلفت هذه الاجناس فيبيعوا كيف شئتم »

(فصل) واختلفت الرواية في البر والشعير فظاهر المذهب أنها جنسان وهو قول الثوري

(فصل) والدقيق والسويق مكيلا لان أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلهما عنه ولاهما يشبهان ما يكال ، وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلا وهو موزون كالخبز ولنا ما ذكرناه ولأنه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطرة صاع من دقيق ، وقد جاء في الحديث والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الأقط مكيلا لأن في حديث صدقة الفطر صاع من أقط (فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل والحل والدبس ونحو ذلك فالظاهر أنها مكيلة قال القاضي في الادهان هي مكيلة ، وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن بعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن أحمد أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزنا وذلك لان الماء مقدر بالصاع ، ولذلك كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ويفتسل بالصاع ، ويفتسل هو وبعض نسائه من الفرق ، وهذه مكيال قدر بها الماء وكذلك سائر المائعات وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضرع الانعام إلا بالكيل . رواه ابن ماجه ، وأما غير المكيل والموزون فسلم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك كالثياب والحيوان والمعدودات من الجوز والبيض والرمان والقثاء والحيار وسائر الخضراوات والبقول والسفرجل والتفاح والكمثرى ونحوها فهذه المعدودات اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر التماثل في الوزن لانه أخصر . ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كياله بالكيل ، ولان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ومن شأن الفرع أن يرد إلى أصله بحكمه والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه . ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كياله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص عليه لانه يقدر به في المادة وهذا بخلافه

﴿مسئلة﴾ قال (والتمر كلها جنس وإن اختلفت أنواعها)

الجنس هو الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها ، والنوع الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنسا بالنسبة إلى ما تحته نوعا بالنسبة إلى ما فوقه ، والمراد هنا الجنس الاخص والنوع الاخص فكل نوعين اجتماعا في اسم خاص فهما جنس كأنواع التمر وأنواع الخنطة فالتمر كلها جنس واحد لان الاسم الخاص يجمعها وهو التمر وان كثرت أنواعه كالبرني والعقلي والابراهيمي والخاصوي

والشافعي وأصحاب الرأي وعنه أنهما جنس واحد « يروى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن ابن الاسود بن عبد يغوث والحكم وحامد ومالك والليث لما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قح فقال : به ثم اشتر به شعيراً ، فذهب الغلام فأخذ صاعا وزيادة بعض صاع فلما جاء معمر أخبره فقال معمر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردده ولا تأخذن الا مثلاً بمثل فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام الا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير . قيل فانه ليس بمثله قال اني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ولان أحدهما يعتبر بالآخر فكانا كنوعين الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد » وفي لفظ لا بأس ببيع

وغيرها ، وكل شيئين اتفقا في الجنس ثبت فيها حكم الشرع بتحريم التفاضل وإن اختلفت الأنواع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل» الحديث بتمامه فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر والبر بالبر ، ثم قال «فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وفي لفظ « الا ما اختلفت ألوانه » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها

(فصل) فان كان المشتركان في الاسم الخاص من أصلين مختلفين فهما جنسان كالادقة والابخاز والحلول والادهان ، وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل العنب جنس وحكي ذلك عن مالك لأن الاسم الخاص يجمعهما ، والصحيح أنهما جنسان لأنهما من أصلين مختلفين فكأننا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الشعير وما ذكره للرواية الأخرى منتقض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها ، وكل نوع مبني على أصله فاذا كان شيان من أصلين فهما جنسان فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ، ودهن السمك والشيرج ودهن الجوز ودهن اللوز والبرز أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان ، وتمر التخل وتمر الهند جنسان . وكل شيئين أصلهما واحد فهما جنس واحد وإن اختلفت مقاصدهما ، فدهن الورد والبنفسج والزبوق ودهن الياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعي وله قول آخر لا يجري الربا فيها لأنها لا تقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة هي أجناس لأن مقاصدها مختلفة . ولنا أنها كلها شيرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت اليها فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الاجناس ، وقولهم لا تقصد الرياحين للأكل قلنا هي صالحة للأكل وإنما تعد لما هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحتها لغيره وقولهم أنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد ويشابهها اسم واحد فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين كالتمر يشتمل على التوى وغيره وهما جنسان ، واللبن يشتمل على الحميم والزبد وهما جنسان فما دامتا متصين اتصال الحلقة فهما جنس واحد فاذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الاصليين

(فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيلاً بغير خلاف وسواء تساوا في الجودة والرداءة وفي كونهما ينكسان في المكيال أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد بصاع تمر بصاع تمر وأحد التميرين يدخل في المكيال منه أكثر ، فقال إنما هو صاع بصاع وذلك لقول النبي

البر بالشعير والشعير بالبر ها بدأ بيد وأما نسيئة فلا - وفي لفظ - فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح لا يجوز تركه بغير معارض مثله وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس. بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو نسيئة فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه وفيل معمر وقوله لا يعارض به فعل النبي صلى الله عليه وسلم وقياسهم منقوض بالذهب والفضة

(مسئلة) (وفروع الاجناس أجناس كالادقة والابخاز والادهان)

اذا كان المشتركان في الاسم الخاص من جنسين فهما جنسان كالادقة والابخاز والحلول والادهان وعصير الاشياء المختلفة كلها أجناس مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد أن خل التمر وخل

صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدي بمدي - ثم قال - من زاد أو أزداد فقد أربى » فان كان في كل واحد منها فواه جاز بيعه متساويا بغير خلاف لان النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أن التمر يكون فيه النوى وإن نزع من كل واحد منها فواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لأنها لم يتساويا في حال السكال ولأنه يتجافى في المكيال

وانا قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مدي بمدي » ولأنها تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كما لو كان في كل واحد منهما فواه ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك ، وإذا باع تمرأ مزروع النوى بتمر نواه فيه لم يحز لاشتغال أحدهما على ماليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم بلغ النوى والتمر بنوى وعمر لم يحز لانه زالت التبعية بزعه فصار كيبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة ، وإن باع النوى بتمر مزروع النوى جاز متفاضلاً ومتساويا لأنها جنسان ، وإن باع النوى بتمر نواه فيه فعلي روايتين منع منه في رواية منها وأحمد بن القاسم لان في التمر نوى فيصير كمد عجوة ، وكلوا باع تمرأ فيه فواه بتمر مزروع النوى وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولان النوى في التمر غير مقصود ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما فواه وصار هذا كيبيع دار عموسة فيها بالذهب بذهب فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلاً ومتساويا لان النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كيبيع النوى بتمر مزروع النوى (فصل) ويصنع من التمر الدبس والحل والناطف والقطارة ولا يجوز بيع التمر بشيء منها لان مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد ، ولا يجوز بيع الناطف ببعضه وبعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لان معها شيئاً مقصوداً من جنسها فينزل منزلة مدعجوة ، ويجوز بيع القطارة والدبس والحل كل نوع ببعضه بعض متساويا ، قال أحمد في رواية منها في خل الدقل يجوز بيع بعضه ببعض متساويا وذلك لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما فواه ، ولا يباع نوع بنوع آخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي إلى التفاضل (فصل) والغلب كالتمر في ما ذكرناه إلا أنه لا يباع خل الغلب بخل الزبيب لا تقزاد كل واحد منهما بما ليس من جنسه ، ويجوز بيع خل الزبيب ببعضه بعض كما يجوز بيع خل التمر ببعضه بعض

﴿مسئلة﴾ قال (والبر والشعير جنسان)

هذا هو المذهب وبه يقول الثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنها جنس واحد وحكي ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الاسود بن عبد يوث وابن

الغلب جنس وحكي أيضاً عن مالك لان الاسم الخاص يجمعها. والصحيح الاول لانها من جنسين مختلفين فكانا جنسين كدقيق الحنطة ودقيق الدخن وما ذكر للرواية الاخرى منقوض بسائر فروع الاصول التي ذكرناها ، فكل فرع مبني على أصله فزيت الزيتون وزيت البطم وزيت الفجل أجناس ودهن السمك والشيرج والجوز واللوز والبرز أجناس ، وعسل النحل وعسل القصب جنسان وتمر النخل وتمر الهند جنسان ، وكل شيء من أصلها واحد فها جنس وإن اختلفت مقاصدها ، فدهن الورد والبنفسج والزئبق والياسمين اذا كانت من دهن واحد فهي جنس واحد وهذا الصحيح من مذهب الشافعي ، وله قول آخر لا يجري الزبا فيها لأنها لا تقصد للاكل ، وقال أبو حنيفة هي أجناس لا اختلاف

معيقيب الدوسي والحكم وحامد ومالك واليث لما روي عن معمر بن عبد الله أنه أرسل غلامه بصاع قح فقال به ثم اشتر به شعيراً فذهب الفلام فأخذ صاعاً وزيادة بعض صاع ، فلما جاء معمر أخبره بذلك فقال له معمر لم فعلت ذلك ؟ انطلق فرده ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير قبل فانه ليس بمثله قال أني أخاف أن يضارع . أخرجه مسلم ، ولأن أحدهما يغش بالآخر فكنا كنوعي الجنس

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبعوا البر بالشعير كيف شئتم يدأ يدأ » وفي لفظ « لا بأس ببيع البر بالشعير ، والشعير أكثرهما يدأ يدأ وأما نسيئة فلا » وفي لفظ « فإذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم » وهذا صريح صحيح لا يجوز تركه بغير معارض مثله ، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص فلم يكونا جنساً واحداً كالتمر والحنطة ولأنهما مسميان في الاصناف الستة فكنا جنسين كسائرهما ، وحديث معمر لا بد فيه من اضمار الجنس بدليل سائر أجناس الطعام ، ويحتمل أنه أراد الطعام المعهود عندهم وهو الشعير فانه قال في الخبر وكان طعامنا يومئذ الشعير ، ثم لو كان عاماً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر وقوله لا يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقياسهم ينتقض بالذهب والفضة (فصل) في الحنطة وفروعها . وفروعها : نوعان (أحدهما) ما ليس فيه غيره كالذيق والسويق (والثاني) ما فيه غيره كالخبز والهريسة والقالودج والنشاء وأشباهاها . ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها وهي ثلاثة أقسام (أحدها) السويق فلا يجوز بيعه بالحنطة وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متائلاً ومتفاضلاً . ولنا أنه بيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلاً فلم يحز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل إلى التماثل لأن النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر فأشبهت المقلية (القسم الثاني) ما معه غيره فلا يجوز بيعها به أيضاً ، وقال أصحاب أبي حنيفة يجوز ذلك بناء على مسألة مدعجوة وسند كالدليل على ذلك إن شاء الله تعالى (القسم الثالث) الدقيق فلا يجوز بيعها به في الصحيح وهو مذهب سعيد بن المسيب والحنبل والحسن والحكم وحامد والثوري وأبي حنيفة ومكحول وهو المشهور عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى أنه جائز وبهذا قال ربيعة ومالك وحكي ذلك عن النخعي وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبي ثور لأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصحاح ، فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزناً لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت فتأخذ من المكيال مكاناً كبيراً والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينهما وبهذا قال إسحاق

مقاصدها . ولنا أنها كلها شرج وإنما طيبت بهذه الرياحين فنسبت إليها فلم تصر أجناساً كما لو طيب سائر أنواع الأجناس ، وقولهم لا تقصد للاكل قلنا هي صالحة للاكل وإنما تعدلها هو أعلى منه فلا تخرج عن كونها مأكولة بصلاحها لغيره ، وقولهم إنها أجناس لا يصح لأنها من أصل واحد ويشملها اسم واحد فكانت جنساً كنوع التمر والحنطة

(فصل) وقد يكون الجنس الواحد مشتملاً على جنسين كالتمر يشتمل على التوى وغيره وهما جنسان واللبن يشتمل على الحبيض والزبد وهما جنسان فما دام متصلين اتصال الحلقة فهما جنس واحد فإذا ميز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكم الجنسين الأصليين

ولنا أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بجنسها متفاضلا فحرم كبيع مكيلة بمكيلتين وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها فيحصل في مكيلها دون ما يحصل في مكيل الحنطة، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالملم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه ولذلك لم يجز بيع بعضها ببعض جزافا وتساويهما في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل، والحنطة والدقيق مكيلان لأن الأصل الكيل ولم يوجد ما ينقل عنه، ولأن الدقيق يشبه المكيلات فكان مكيلة بالحنطة، ثم لو كان موزونا لم يتحقق التساوي بين المكيل والموزون لأن المكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

(فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة، والمشهور عن الشافعي المنع من ذلك لأنه يعتبر تساويهما حالة الكال وهو حال كونها حنطة وقد فات ذلك لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة برزينة والآخر من حنطة خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حنطة. ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كبيع التمر بالتمر. إذا ثبت هذا فأما يباع بعضه ببعض كيلا لأن الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن ذلك ويشترط أن يتساويا في النعومة ذكره أبو بكر وغيره من أصحابنا وهو مذهب أبي حنيفة لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحنطة بالدقيق، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله فأما بيع الدقيق بالسويق فالصحيح أنه لا يجوز وهو مذهب الشافعي، وروي عن أحمد أنه يجوز لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره فأشبهه الدقيق بالدقيق والسويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيع بعضه ببعض كالقلية بالنيئة وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا لأنها جنسان، ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فلم يجز التفاضل بينهما كالدقيق مع الدقيق والسويق بالسويق.

(فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان (أحدهما) أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه إنما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في النشافة والرطوبة، ويعتبر التساوي في الوزن لأنه يقدر به في العادة ولا يمكن كيلا، وقال مالك إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل فلا بأس به وإن لم يوزن به قال الأوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال إلا أن يبس ويدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لأنه مكيل يجب التساوي فيه ولا يمكن كيلاه فتعذرت المساواة فيه ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه به كالغشوش من الذهب والفضة وغيرها، ولنا على وجوب التساوي أنه معاموم موزون فحرم التفاضل فيها كاللحم والابن ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي

(فصل) واللحم أجناس باختلاف أصوله، وكذلك اللبن وعنه جنس واحد وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس لحم الانعام ولحم الوحش ولحم الطير ولحم دواب الماء)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في اللحم فروي عنه أنه جنس واحد وهذا الذي ذكره الحرقي وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وانكر القاضي أبو علي كون هذه رواية عن أحمد، وقال الانعام والوحش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وإنما في اللحم روايتان (أحدهما) أنه أربعة أجناس كما

في الميعار الشرعي كالخطة بالخطة والدقيق بالدقيق . ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن واللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله غير موزون كاللحم والادهان ، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فاشبه الرطب بالتمر ، ولا يمنع زيادة أخذ الثمار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما اذا لم يكثر لان ذلك يسير ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة ولا يلزم ما فيه من الملح والماء لان ذلك ليس بمقصود فيه ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج وان يبس الخبز فدق وجعل قتيلا يبع بمثله كيلا لانه أمكن كيله فرد الى اصله ، وقال ابن عقيل فيه وجه آخر أنه يباع بالوزن لانه انتقل اليه (النوع الثاني) ما فيه غيرة مما هو مقصود كالمريسة والخزيرة والفالودج وخبز الالبازير والحشكناج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيعه بفضه ببعض ولا يبع نوع بنوع آخر لان كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه وهو مقصود كاللحم في المريسة والعسل في الفالودج والماء والدهن في الخزيرة ويكثر التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه واذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد ففي النوعين أولى

(فصل) والحم في الشعر وسائر الحبوب كالحم في الخطة ويجوز بيع الخطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المماثلة بينهما والله أعلم

(مسألة) قال (وسائر اللحمان جنس واحد)

أراد جميع اللحم وجمعه - وهو اسم جنس - لاختلاف أنواعه . ظاهر كلام الخري أن اللحم كله جنس واحد وذكره أبو الخطاب وابن عقيل رواية عن أحمد وهو قول أبي ثور وأحد قولي الشافعي وأنكر القاضي أبو يئلى كون هذا رواية عن أحمد وقال الانعام والوحوش والطير ودواب الماء أجناس يجوز التفاضل فيها رواية واحدة وأما في اللحم روايتان (احدهما) أنه أربعة أجناس كما ذكرنا وهو مذهب مالك الا أنه يجعل الانعام والوحش جنسا واحدا فيكون عنده ثلاثة أصناف (والثانية) أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والابخاز وهذا اختيار ابن عقيل ، واختار القاضي أنها أربعة أجناس وحمل كلام الخري عليها ، واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت أجناسا وهذا ضعيف جدا لأن كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة أجناس ولا نظير لها فذا فيقاس عليه ولا يصح حمل كلام الخري عليه لعدم احتمال لفظه له وتصريحه في الايمان بانه اذا حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الانعام أو الطائر أو السمك حنت فيتبين حمل كلامه على عمومته في أن جميع اللحم جنس لانه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنسا واحدا كالطلع ، والصحيح أنه أجناس

ذكرناه وهو مذهب مالك الا أنه يحتمل أن الانعام والوحش جنس واحد فيكون عنده ثلاثة أصناف وروي عنه أنه أجناس باختلاف أصوله وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وهي أصح لانها فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالادقة والابخاز وهذا اختيار ابن عقيل ، وعنه في اللحم أنه أربعة أجناس على ما ذكرناه ، وهذا اختيار القاضي واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعة بها والقصد الى أكلها فكانت أجناسا (قال شيخنا) وهذا ضعيف لان كونها أجناسا لا يوجب حصرها في أربعة

بأختلاف أصوله وهذا الدليل ينتقض بالتمر الهندي والتمر البرني وعسل القصب وعسل النحل وغير ذلك فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيا وعراياها ، والبقر عراياها وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها صنف وغنمها صنف وظباؤها صنف وكل ماله اسم يخصه فهو صنف والطيور أصناف كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف فيباع لحم صنف بآخر متفاضلا ومماثلاً ويباع بصفة مماثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز عنده بيع لحم ببيع اللحم الا مماثلاً

(مسألة) قال (ولا يجوز بيع بيمضه بيمض رطباً ويجوز اذا تناهى جفافه مثلاً بمثل) اختار الحرقى أنه لا يباع بيمضه بيمض الا في حال جفافه وذهاب رطوبته كلها وهو مذهب الشافعي وذهب أبو حنيفة في شرحه الى هذا ، قال القاضي والمذهب جواز بيعه ومن عليه ، وقوله في الرطب بالرطب بجواز البيع ينه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجري مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ولأنه وجد المائل فيها في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فجاز بيع اللبن باللبن ، فأما بيع رطبه بيبسه أو نيئه بمطبوخه أو مشوية فغير جائز لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني فلم يجز كالرطب بالتمر

(فصل) قال القاضي ولا يجوز بيع بيمضه بيمض الا مزروع المطام كالا يجوز بيع العسل بالعسل الا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة من غير زرع عظامه ولا جفافه قال في رواية حنبل اذا صار الى الوزن مثلاً بمثل وطلا برطل فاطلق ولم يشترط شيئاً وذلك لان العظم تابع للحجم بأصل الحلقة فلم يشترط زرع كالتوى في التمر وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل التحل لا من أصل الحلقة

(فصل) واللحم والشحم جنسان والكبد صنف والطحال صنف والقلب صنف والمنخ صنف ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلاً ، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكراهه مالك ذلك الا أن يماثلاً ، وظاهر المذهب إباحة البيع فيها مماثلاً ومتفاضلاً ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة وان منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وان كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون

أجناس ولا نظير لهذا فيقاس عليه ، والصحيح أنه أجناس باختلاف أصوله ، ووجه قول الحرقى أنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الربا فيه فكان جنساً واحداً كالطلع ، والصحيح ما ذكرنا وما ذكره من الدليل منقضى بعسل النحل وعسل القصب وغير ذلك ، فعلى هذا لحم الابل كله صنف بخاتيا وعراياها ، والبقر عراياها وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها جنس . ويحتمل أن يكونا صنفين لان الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال (ثمانية أزواج من الضأن اثنين ومن المعز اثنين) ففرق بينهما كما فرق بين الابل والبقر فقال (ومن الابل اثنين ومن البقر اثنين) والوحش أصناف بقرها

مع اللحم لم عنده فلا يتصور اشتغال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد وان الآية والشحم جنسان وظاهر كلام الحارثي خلاف هذا لقوله أن اللحم لا يخلو من شحم ولو لم يكن هذا شحماً لم يختلط لحم بشحم فعلي قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالاذبة ويصير دهناً فهو جنس واحد وهذا أصح لقوله تعالى (حرماناً عليهم شحومها إلا ما حملت ظهورها) فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ولونه ومقصده فكان شحماً كالذي في البطن (فصل) وفي اللبن روايتان (أحدهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وبه قال مالك لأن الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لأن اسم البقر يشملها وليس بصحيح لأن لحمها جنسان فكان لهن جنسين كالابل والبقر ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً وكيف شاء يبدأ بيد وبجنسه ممتاثلاً كيلاً ، قال القاضي هو مكمل لا يباع إلا بالكيل لأنه العادة فيه ولا فرق بين أن يكونا حليين أو حامضين أو أحدهما حليب والآخر حامض لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه لأن معه من غير جنسه لغير مصلحته

(فصل) ويتفرع من اللبن قسمان ما ليس فيه غيره كالزبد والسمن والخيض واللبأ وما فيه غيره وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن لأنه مستخرج من اللبن فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه كالحیوان باللحم والسمن بالشيرج وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلاً ومنع جوازه ممتاثلاً . قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لأن الشيتين إذا دخلها الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومع من غير

صنف وغنمها صنف وطيأوها صنف ، وكل ماله اسم يخصه فهو صنف ، والطيأ أصناف ، كل ما انفرد باسم وصفة فهو صنف ، فيجوز أن يباع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلاً ومثلاً ويباع بصفة ممتاثلاً ومن جعلها صنفاً واحداً لم يجز بيع لحم بلحم ممتاثلاً

(فصل) وفي اللبن روايتان (أحدهما) هو جنس واحد لما ذكرنا في اللحم (والثانية) هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لبن الانعام كلها جنس واحد وقال ابن عقيل لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد على الروايات كلها لأن اسم البقر يشملها ولا يصح لأن لحمها جنسان فكان لهن جنسين كالابل والبقر ، ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً وكيف شاء يبدأ بيد وبجنسه ممتاثلاً كيلاً ، ولا فرق بين أن يكونا حليين أو حامضين أو أحدهما حليباً والآخر حامضاً لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع كالجودة والرداءة ، وإن شيب أحدهما بماء أو غيره لم يجز بيعه بخالص ولا بمشوب من جنسه وسنذكر ذلك

﴿مسألة﴾ (واللحم والشحم والكبد أجناس)

اللحم والشحم جنسان ، والكبد جنس والطحال جنس والقلب جنس والمخ جنس ويجوز بيع جنس بجنس آخر متفاضلاً ، وقال القاضي لا يجوز بيع اللحم بالشحم وكره مالك ذلك إلا أن يمتاثلاً وظاهر المذهب إباحة البيع فيهما ممتاثلاً ومتفاضلاً وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنهما جنسان فجاز التفاضل

(١) كذا في الاصل

جنسه كدعجوة ودرهم بمدين ، والصحيح أن هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مدعجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكنها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالخبيض الذي فيه زبد فلا يجوز نص عليه أحمد فقال اللبن بالخبيض لا خير فيه . ويتخرج الجواز كالتي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فإن كان قبل أن تمسه النار جازاً مماثلاً لانه لبن بلبن وإن مسته النار لم يجز ، وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجراً أحدها وذبحت ببعض رطوبته فلم يجز يمه بما لم تمسه النار كالخبز بالعجين والمقلية بالثينة وهذا مذهب الشافعي ، وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالكشك والكاع ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره لأنه مختلط بغيره فهو كمسئلة مدعجوة وما ليس فيه غيره أو فيه غيره إلا أن ذلك الغير لمصلحة فيجوز بيع كل نوع منه بعضه ببعض إذا تساوى في النشافة والرطوبة فيبيع الخبيض بالخبيض واللبأ باللبأ والجبن بالجبن والمصل بالمصل والاقط بالاقط والزبد بالزبد والسمن بالسمن متساياً ، ويعتبر التساوي بين الاقط بالاقط بالكيل لانه قدر بالصاع في صدفة الفطر وهو يشبه المكيلات وكذلك المصل والخبيض ، وبيع الخبز بالخبز بالوزن لانه موزون ولا يمكن كيله فأشبه الخبز (١) وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ، ويحتمل كلام الحارثي أن لا يباع رطب من ذلك برطب كاللحم وأما بيع ما زرع من اللبن بنوع آخر كالزبد والسمن والخبيض فظاهر المذهب أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالخبيض مماثلاً ومتفاضلاً لانهما جنسان وذلك لانهما شيان من أصل واحد أشبه اللحم بالشحم ، ومن أجاز بيع الزبد بالخبيض الثوري والشافعي واسحاق ولان اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فأشبه الملح في الشيرج ، وبيع السمن بالخبيض أولى بالجواز لخلو السمن من الخبيض ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لان في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولانه مستخرج من الزبد فلم يجز بيعه به كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي ، وقال القاضي عندي يجوز لان اللبن في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولذلك جاز بيعه بالخبيض وبزبد مثله وهذا لا يصح لان التماثل واجب بينهما وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يجز بيعه به كتمر مزروع التوى بتمر فيه نواه ولان أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر فأشبه الرطب بالتمر والغلب بالزبيب وكل رطب يسايس من جنسه ، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والخبيض بشيء من أنواع اللبن كالجبن واللبأ ونحوهما لان هذه الانواع لم يزرع منها شيء فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبد فلم يجز بيعها بها كبيع اللبن بها ، وأما بيع الجبن بالاقط فلا يجوز مع رطوبتهما

فيهما كالذهب والفضة ، فإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح لان الشحم لا يظهر وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود فلا يمنع البيع ولو منع ذلك لم يجز بيع لحم باجم لاشمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه ثم لا يصح هذا عند القاضي لان السمين الذي يكون مع اللحم عنده لحم فلا يتصور اشمال اللحم على الشحم ، وذكر القاضي أن الايض الذي في ظاهر اللحم الاخر هو والاخر جنس واحد وان الآية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الحارثي أن كل ماهو أبيض في الحيوان يذوب بالاذابة ويصير دهنًا فهو جنس واحد (قال شيخنا) وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقوله سبحانه (حرمتنا

أو رطوبة أحدهما كالأيجوز بيع الرطب بالتمر، وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضاً لأن الحين موزون والاقط مكيل فلم يجز بيع أحدهما بالآخر كالحبز بالدقيق ويحتمل الجواز إذا تاملنا كييع الحبز بالحبز

(مسئلة) (قال ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما (فاستثنى ما حملت الظهور من الشحم، ولأنه يشبه الشحم في لونه وذوبه ومقصده فكان شحماً كالذي في البطن

(مسئلة) (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان)

لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه وهو مذهب مالك والشافعي وقول الفقهاء السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم ويجوز بغيره، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقاً لأنه باع مال الربا بما لاربا فيه أشبه بيع الحيوان بالدراهم أو بلحم من غير جنسه ولنا ما روي عن مالك عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان، قال ابن عبد البر هذا أحسن أسانيده، وورد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حيي بميت ذكره الامام أحمد، وروى ابن عباس أن جريراً نحر فجاء رجل بعناق فقال أعطوني جزاً بهذا العناق قال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لأبي بكر في ذلك. وقال أبو الزناد كل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان ولأن اللحم نوع فيه الربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كييع السمسم بالشيرج وبهذا فارق ما قاسوا عليه، فأما بيعه بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والخرفي أنه لا يجوز لما ذكرنا من الأحاديث واختار القاضي جوازه وللشافعي فيه قولان، واحتج من أجازه بأن مال الربا يبيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كالأمان، والظاهر أن الاختلاف مبني على الاختلاف في اللحم، فإن قلنا بانه جنس واحد لم يجز، وإن قلنا انه أجناس جاز بيعه بغير جنسه لما ذكرنا فإن باعه بحيوان غير مأكول جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

(مسئلة) (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا بسويقه في أصح الروايتين)

لا يجوز بيع الحب بالدقيق في الصحيح من المذهب وهو قول سعيد بن المسيب والحسن والحكم وحامد ومكحول والثوري وأبي حنيفة وهو المشهور عن الشافعي وعن أحمد أنه جائز، وبه قال ربيعة ومالك وحكي عن الثعفي وقتادة وابن شبرمة وإسحاق وأبي ثور لأن الدقيق نفس الحنطة وإنما تكسرت أجزاؤها فجاز بيع بعضها ببعض كالحنطة المكسرة بالصالح فلي هذا إنما يباع الحب وزناً لأن أجزائه قد تفرقت بالطحن وانتشرت فيأخذ من المكيال مكاناً كبيراً والحب يأخذ مكاناً صغيراً والوزن يسوي بينهما وبهذا قال إسحاق

ولنا أن بيع الحب بالدقيق بيع مال الربا بجنسه متفاضلاً فحرم كييع مكيلاً بمكيالين وذلك لأن الطحن قد فرق أجزائه فيحصل في مكياله دون ما يحصل في مكيال الحب، وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل والجهل بالتماثل كالم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه، ولذلك لم يجز بيع بعضه ببعض جزافاً والتساوي في الوزن لا يلزم منه التساوي في السكيل، والحب والدقيق مكيالان لأن الأصل السكيل ولم

فقهاء المدينة السبعة وحكي عن مالك أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معدل اللحم ويجوز بغيره ، وقال أبو حنيفة يجوز مطلقا لانه باع مال الربا بما لا ربا فيه أشبه بيع اللحم بالدرام أو بلحم من غير جنسه ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم يوجد ما ينقل عنه ثم لو ثبت أن الدقيق كان موزونا لم بتحقيق التماثل لان المسكيل لا يقدر بالوزن كما لا يقدر الموزون بالكيل

(فصل) ولا يجوز بيع الحب بالسويق ، وبه قال الشافعي وحكي عن مالك وأبي ثور جواز ذلك متماثلا ومتفاضلا . ولنا أنه بيع الحب ببعض أجزائه متفاضلا فلم يحز كبيع مكوك خنطة بمكوكي دقيق ولا سبيل الى التماثل لان التارق قد اخذت من احدهما دون الآخر فأشبهت المقلية بالنيشة ، فأما الحبز والهريسة والقالودج والنشاء وأشباهاها فلا يجوز بيعه بالخنطة ، وقال اصحاب أبي حنيفة يجوز بناء على مسئلة مد عجوة وسند ذكر ذلك ان شاء الله تعالى ، ويجوز بيع الحب بالدقيق من غير جنسه والحبز وغير ذلك لعدم اشتراط المائلة بينهما ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز بيع سويق الشعير بالبر في رواية وذلك مبني على ان البر والشعير جنس واحد وقد ذكرنا

(مسئلة) (ولا يجوز بيع أصله بمصيره ولا خالصه بمشوبه ولا رطبه بيابسه ولا نيته بمطبوخه) لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسهم بالشرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والمصير بأصله كعصير العنب والرمان والتفاح والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وقال ابن المنذر وقال أبو ثور يجوز ، وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم أن ما في الاصل من الدهن والمصير أقل من المنفرد وان لم يعلم لم يحز ، ولنا أنه مال بيع بأصله الذي هو منه فلم يحز كبيع اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن بالزبد ولا بالسمن ولا بشيء من فروعه كاللبأ والخيض وسواء كان فيه من غيره أولا لانه مستخرج من اللبن فلم يحز بيعه بأصله الذي فيه منه كالسهم بالشرج وهذا مذهب الشافعي ، وعن أحمد أنه يجوز بيع اللبن بالزبد اذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلا ومنع جوازه . متماثلا ، قال القاضي وهذه الرواية لا تخرج على المذهب لان الشيتين اذا دخلها الربا لم يحز بيع احدهما بالآخر ومعه من غير جنسه كمد عجوة ، والصحيح ان هذه الرواية دالة على جواز البيع في مسئلة مد عجوة وكونها مخالفة لروايات أخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها لكونها مخالفة لظاهر المذهب والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالخيض فلا يجوز نص عليه أحمد ويخرج الجواز كالتالي قبلها ، وأما اللبن باللبأ فان كان قبل أن تمسه النار جاز متماثلا لانه لبن بلبن ؟ وان مسته النار لم يحز ، وذكر القاضي وجها أنه يجوز وليس بصحيح لان النار عقدت أجزاء أحدها وذهبت ببعض رطوبته فلم يحز بيعه بما لم تمسه النار كالحبز بالمجين والمقلية بالنيشة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع الخالص بالمشوب كخنطة فيها شعير أو رواب بخالصة أو لبن مشوب بخالص أو مشوب أو اللبن بالكشك أو الكاخ ، ويخرج الجواز اذا كان اللبن أكثر من اللبن الذي في الكشك والكاخ بناء على مد عجوة ، ولا يجوز بيع العسل في شحمه بمثله فان كان

عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم، قال ابن عبد البر هذا أحسن أسانيد وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يباع حي يمت ذكره الإمام أحمد، وروى عن ابن عباس أن جزوراً أخرجت فجاء رجل بفاق فقال أعطوني جزأ بهذا العناق فقال أبو بكر لا يصلح هذا قال الشافعي لا أعلم مخالفاً لا يكره في ذلك، وقال أبو الزناد

الحلطي يسيراً كحبات الشعير ويسير التراب والزوان الذي لا يظهر في الكيل لم يمنع لأنه لا يخل بالتماثل ولا يجوز بيع التمر بالدبس والحل والناطف والقطارة لأن بعضها معه من غير جنسه وبعضها مانع والتمر جامد، ولا يجوز بيع الناطف بعضه ببعض ولا بغيره من المصنوع من التمر لأن معها شيئاً مقصوداً من غير جنسها فهو كمد عجوة والغلب كالتمر فيما ذكرناه

(فصل) ولا يجوز بيع المشوب بالمشوب كالكمشك والكافور ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر كمشة مد عجوة ولا يجوز نيئه بمطبوخه كالخبز بالخبز والخطة المقلية بالنيئة لأنه لا يحصل التماثل لأن النار ذهبت ببعض رطوبتها وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولا يجوز بيع نوع نوع آخر إذا لم يكن فيه منه فيجوز بيع الزبد بالزبد والسمن بالخبيض في ظاهر المذهب تماثلاً ومتفاضلاً لأنها جنسان من أصل واحد أشبه اللحم والشحم، ومن أجاز بيع الزبد بالخبيض الثوري والشافعي وإسحاق لأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود وهو يسير فلم يمنع كالملاح في الشيرج، وبيع السمن بالخبيض أولى بالجواز لخلوه من اللبن الخبيض، ولا يجوز بيع الزبد بالسمن لأن في الزبد لبناً يسيراً ولا شيء في السمن فيختل التماثل ولأنه من الزبد فلم يحز بيعه كالزيتون بالزيت وهذا مذهب الشافعي، واختار القاضي جوازه لأن اللبن الذي في الزبد غير مقصود فوجوده كعدمه ولهذا جاز بيع الزبد بالخبيض ولا يصح ذلك لأن التماثل شرط وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل فلم يحز البيع كتمر مزروع النوى بما نواه فيه ولأن أحدهما ينفرد برطوبة لا توجد في الآخر أشبه الرطب بالتمر وكل رطب يابس من جنسه، ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والخبيض بشيء من أنواع اللبن كالخين واللبأ ونحوهما لأن هذه الأنواع لم يزرع منها شيء فهي كاللبن الذي فيه زبد فلم يحز بيعها به كبيع اللبن بها، وأما بيع الخين بالاقط فلا يجوز بيع رطوبتها أو رطوبة أحدهما كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر، وإن كانا يابسين احتمل المنع لأن الخين موزون والاقط مكيل فأشبه بيع الخبز بالدقيق، ويحتمل الجواز إذا تماثلا كبيع الخين بالخين

(فصل) ولا يجوز بيع رطب يابس كالرطب بالتمر والغلب بالزبيب والخطة المبلولة أو الرطبة باليابسة والمقلية بالنيئة ونحو ذلك، وبه قال سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب والليث ومالك والشافعي وإسحاق وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه إما أن يكونا جنساً فيجوز تماثلاً لقول النبي ﷺ «التمر بالتمر مثلاً بمثل» أو يكونا جنسين فيجوز لقوله عليه السلام «لا تبعوا التمر بالتمر فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم يداً بيد»

ولنا قوله عليه السلام «لا تبعوا التمر بالتمر» وفي لفظ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في بيع العربية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً متفق عليهما، وعن سعد بن أبي وقاص وسعيد بن المسيب وسئل عن بيع الرطب بالتمر قال «أينقص الرطب إذا يبس؟» قالوا نعم، فنهي عن ذلك رواه مالك وأبو داود والترمذي وابن ماجه، وفي رواية الأثرم قال «فلا إذن» نهى وعمل بأنه ينقص إذا يبس، وروى مالك عن

وكل من أدركت نهى عن بيع اللحم بالحيوان ولان اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز بيع السمسم بالشيرج ، وبهذا فارق ما قاسوا عليه ، وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه فظاهر كلام أحمد والحرقي أنه لا يجوز فان أحد سئل عن بيع الشاة باللحم فقال لا يصح لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع حي

نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة ، والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا ويبيع العنب بالزبيب كيلا ولانه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما. بالنقصان فلم يجز بيع كبيع المقلية بالثينة ، ولا يلزم الحديث بالعتيق لان التفاوت يسير. قال الخطابي وقد تكلم بعض الناس في اسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر ، وقال زبد أبو عياش راويه ضعيف وليس الامر على ما توهمه وأبو عياش مولى بني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ ، وهو لا يروي عن متروك الحديث

﴿مسئلة﴾ (يجوز بيع دقيقه بدقيقه إذا استويا في النعومة ومطبوخه بمطبوخه وخبزه بخبزه إذا استويا في النشاف وعصيره بعصيره ورطبه برطبه)

يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا وبه قال أبو حنيفة والمشهور عن الشافعي المنع لانه يعتبر تساويهما حالة الكال هو هو حال كونهما حبا وقد فات ذلك لان أحد الدقيقين يكون من حنطة رزينة والآخر من خفيفة فيستويان دقيقا ولا يستويان حبا

ولنا أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز بيع التمر بالتمر. إذا ثبت هذا فإنا يباع بعضه ببعض كيلا لان الحنطة مكيلة ولم يوجد في الدقيق والسويق ما يتقاهما عن ذلك ويشترط تساويهما في النعومة ذكره أصحابنا وهو قول أبي حنيفة لانهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثاني الحال فيصير كبيع الحب بالدقيق وزنا ، وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا ولا وجه له ، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل والدقيق مثله

(فصل) ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق وبه قال الشافعي وعنه الجواز لان كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره أشبه السويق بالسويق

ولنا أن النار قد أخذت من السويق فلم يجز بيعه بالدقيق كالمقلية بالثينة ، وروي عن مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور جواز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنسان ، ولنا أنهما أجزاء جنس واحد فأشبهه بيع أحدهما بجنسه

(فصل) ويجوز بيع مطبوخه بمطبوخه كاللأ بمثله والحين بالحين والاقط بالاقط والسمن بالسمن متساويا ويعتبر التساوي بين الاقط والاقط بالكيل ، ولا يباع ناشف من ذلك برطب كما لا يباع الرطب بالتمر ويباع الحين بالحين بالوزن لانه لا يمكن كياله أشبه الحبز ، وكذلك الزبد والسمن ويتخرج أن يباع السمن بالكيل كالشيرج

(فصل) ويجوز بيع الحبز بالحبز وزنا وكذلك النشاء بنوعه إذا تساوى في النشافة والرطوبة ويعتبر التساوي في الوزن لانه يقدر به عادة ولا يمكن كياله ، وقال مالك إذا تحرى المائلة فلا بأس وإن لم يوزن وبه قال الاوزاعي وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة لا بأس به قرصا بقرصين ، وقال الشافعي لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال الا أن ييسر وبدق دقا ناعما ويباع بالكيل ففيه قولان لانه مكيل ،

يمت واختار القاضي جوازه ، وللشافعي فيه قولان . واحتج من منعه به يوم الاخبار وبأن اللحم كله جنس واحد . ومن أجازة قال مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه فجاز كالألبان وبأنه باعه بحبوان غير ما كول اللحم جاز في ظاهر قول أصحابنا وهو قول عامة الفقهاء

ويجب التساوي فيه ولا يمكن كيله فتعذرت المساواة فيه ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه فلم يجز بيعه كالمنشوش من الذهب والفضة وغيرها

ولنا على وجوب التساوي أنه مطوم موزون فحرم التفاضل بينهما كاللحم واللبن ، ومتى وجب التساوي وجبت معرفة حقيقة التساوي في النعيار الشرعي كالحنطة بالحنطة والدقيق بالدقيق . ولنا على الشافعي أن معظم نفعه في حال رطوبته فجاز بيعه به كاللبن باللبن ولا يمتنع أن يكون موزونا أصله مكيل كاللدهان ، ولا يجوز بيع الرطب باليابس لأنفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال فأشبهه الرطب بالتمر ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر إذا لم يكن ذلك يسيرا ولا يمكن التحرز منه أشبه بيع الحديثة بالعتيقة وما فيه من الملح والماء غير مقصود ويراد لمصلحته فهو كالملح في الشيرج فإن يبس الحبز ودق وصار فتينا بيع بمثله كيلا لأنه أمكن كيله فرد إلى أصله . وقال ابن عقيل فيه وجه أنه يباع بالوزن لأنه انتقل إليه

(فصل) فأما ما فيه غيره من فروع الحنطة مما هو مقصود كالهريسة والحزيرة والفالودج وخبز الأباذير والحشكناج والسنبوسك ونحوه فلا يجوز بيع بعضه ببعض ولا بيع نوع بنوع آخر لأن كل واحد منهما يشتمل على ما ليس من جنسه ، وهو مقصود كاللحم في الهريسة والعلل في الفالودج والماء والدهن في الحزيرة وبكثرة التفاوت في ذلك فلا يتحقق التماثل فيه ، وحكم سائر الحبوب حكم الحنطة فيما ذكرنا ، ويجوز بيع الحنطة والمصنوع منها بغيرها من الحبوب والمصنوع منها لعدم اشتراط المائنة بينهما (فصل) ويجوز بيع العصير بجنسه مائلا ومتفاضلا بغير جنسه وكيف شاء لأنها جنسان ويعتبر التساوي

فيها بالكيل لأنه يقدر به ويباع به عادة وهذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزاءهما فيختلف ويؤدي إلى التفاضل ولنا أنها متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبهه النبي بالنبي ، فأما بيع النبي بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال أشبه الرطب بالتمر ، وقد ذكرناه وإن باع عصير شيء من ذلك بثقله فإن كان فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بثقله الذي فيه بقية من الزيت إلا على قولنا بجواز مد عجوة وإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلا ومائلا لأنها جنسان

(فصل) ويجوز بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله في قول الأكثرين ومنع منه الشافعي فيما يبس ، فأما ما لا يبس كالقثاء والخيار ونحوه فعلى قولين لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار فأشبهه الرطب بالتمر ، وذهب أبو حفص المكي إلى هذا وقال ويحتمله كلام الحارثي لقوله في اللحم لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا قال شيخنا ومفهوم كلام الحارثي إباحته ههنا لأنه قال : ولا يباع شيء من الرطب يابس من جنسه مفهومة جواز الرطب بالرطب ولنا أن نهي عليه السلام عن بيع التمر بالتمر يدل بمفهومه على إباحة بيع كل واحد منهما بمثله

(فصل) ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه كالسمسم بالشيرج والزيتون بالزيت وسائر الادهان بأصولها والعصير بأصله كمصير العنب والرمان وانتفاخ والسفرجل وقصب السكر لا يباع شيء منها بأصله وبه قال الشافعي وابن المنذر. وقال أبو ثور يجوز لان الاصل مختلف والمعنى

ولا هما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان فجاز كييع اللبن باللبن والتمر بالتمر ولان قوله تعالى (وأحل الله البيع) عام خرج منه المنصوص عليه وهو بيع التمر بالتمر وليس هذا في معناه فيبقى على العموم، وقياسهم لا يصح فان التفاوت كثير وينفرد أحدهما بالنقصان بخلاف مسئلتنا، ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق لان التفاوت فيه يسير ولا يمكن ضبطه فمضى عنه

(فصل) ويجوز بيع القطاره والدبس والحل كل نوع بمضه بيع متساويا قال أحمد في رواية منها في حل الدقل يجوز بيع بمضه بيع متساويا لان الماء في كل واحد منهما غير مقصود وهو من مصلحته فلم يمنع جواز البيع كالخبز بالخبز والتمر بالتمر في كل واحد منهما سواء ولا يباع نوع بالآخر لان في كل واحد منهما من غير جنسه يقل ويكثر فيفضي الى التفاضل، والعنب كالتمر إلا أنه لا يباع حل العنب بخل الزبيب لا افراد أحدهما بما ليس من جنسه، ويجوز بيع حل الزبيب بمضه بيع كحل العنب وحل التمر

(فصل) ويجوز بيع اللحم باللحم رطبا نص عليه، وقال الحرقى لا يجوز بيع بمضه بيع بعض إلا اذا تناهى جفافه وهذا مذهب الشافعي واختاره أبو حفص العكبري في شرحه، قال القاضي والمذهب جواز بيعه، ونص أحمد على جواز بيع الرطب بالرطب ينه على اباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يبسه فجزى مجرى اللبن بخلاف الرطب فان حال كماله ومعظم نفعه في حال يبسه فاذا جاز فيه البيع في اللحم أولى، فأما بيع رطبه يابس به ونينه بمطبوخه فلا يجوز لا افراد أحدهما بالتيق في ثاني الحال فلم يجز كالرطب بالتمر، قال القاضي ولا يجوز بيع بمضه بيع بعض إلا مزروع العظام كما لا يجوز بيع العسل بمثله إلا بعد التصفية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الاباحة مطلقاً فانه قال في رواية رخصت اذا صار الى الوزن وطلا برطل مثلاً بمثل فأطلق ولم يشترط شيئاً ولان العظم تابع للحجم بأصل الحلقة فأشبهه انتهى في التمر وفارق العسل في ان اختلاط الشمع به من فعل التحل لا من أصل الحلقة

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الحاقلة وهو بيع الحب في سنبله بجنسه وفي بيعه بغير جنسه وجهان) وذلك لما روى البخاري عن أنس قال نهى النبي ﷺ عن الحاقلة والمحاضرة والملاسة والمناينة والمزاينة. والمحاضرة بيع الزرع الاخضر والحاقلة بيع الزرع في الحقول بحب من جنسه، قال جابر: الحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة، وقال الازهري الحقل الترخ المزروع وفسره أبو سعيد باستكراء الارض بالحنطة ولانه يبيع الحب بجنسه جزافاً من أحد الجانبين فلم يجز كالوكا على الارض فأما بيعه بغير جنسه فان كان بدراهم أو دنانير جاز لان نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد يدل على جواز ذلك اذا اشتد وهذا أحد قولي الشافعي، وإن باعه بحب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لقول النبي صلى الله عليه وسلم اذا اختلف الجنسان فيبيعوا كيف شئتم بدأيده (والثاني) لا يجوز للعموم الحديث المذكور (مسئلة) (ولا يجوز بيع المزانة وهو بيع الرطب في رؤوس التحل بالتمر إلا في العراق وهو

يختلف. وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد وأن لم يعلم لم يجز ولنا أنه مال ربا يبيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كييسم اللحم بالحيوان وقد أثبتنا ذلك بالنص (فصل) فأما يبيع شيء من هذه المعصرات بجنسه فيجوز مماثلاً ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً

يبيع الرطب في رهوس النخل خرساً بمثله من التمر كيلاً فيما دون خمسة أوسق لمن به حاجة إلى أكل الرطب ولا ثمن معه)

لا يجوز بيع المزانة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة وهو بيع الرطب بالتمر متفق عليه . وروى البخاري عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة ، فأما العرايا فيجوز في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك في أهل المدينة والاوزاعي في أهل الشام والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لما ذكرنا من الحديث ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه ، ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حنيفة وغيرهما وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ولو قدر التعارض وجب تقديم حديثنا بخصوصه جمعاً بين الحديثين وعملاً بكلام النصين . قال ابن المنذر الذي نهى عن المزانة هو الذي أرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى ، والقياس لا يصرار إليه مع النص مع أن في الحديث أنه أرخص في العرايا ، والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر ، فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(فصل) وإنما يجوز بشروط خمسة (أحدها) أن يكون فيما دون خمسة أوسق في ظاهر المذهب ولا خلاف في أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق وإنما تجوز فيما نقص عن خمسة أوسق عند الفائلين بجوازها . فأما الخمسة الأوسق فظاهر المذهب أنه لا يجوز فيها وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه ، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه أسامة بن عيل بن سعيد عن أحمد بن حنبل في حديث زيد وسهل أنه أرخص في العرايا ما لم يلقأ استثنى ما زاد على الخمسة وشك الراوي في الخمسة فبقي المشكوك فيه على أصل الإباحة

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزانة . والمزانة يبيع الرطب بالتمر ثم أرخص في العربية فيما دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولأن العربية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت لإباحتها مع الشك ، وروى ابن المنذر بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في بيع العربية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها في وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها فأما قولهم أرخص في العربية مطلقاً فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المفيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد وبصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك بقيد فيما زاد على الخمسة إنفاقاً

وكيف شاء لأهلها جنسان ويعتبر التساوي فيها بالكيل لأنه يقدر به ويبيع به عادة وهو هذا مذهب الشافعي وسواء كانا مطبوخين أو نيئين ، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه لأن النار تعقد أجزأها فيختلف ويؤدي إلى التفاضل، ولنا أنها متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص فأشبه

(فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة ، وقال الشافعي يجوز للإنسان بيع جميع حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لمعوم حديث زيد ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع، ولنا عموم النهي عن الزاينة استثنى منه العربية فيما دون خمسة أوسق فإزاد يبقى على العموم في التحريم ولأن مالا يجوز عاينه العقد مرة إذا كان نوعاً واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الأرض وكالجمل بين الاختين.

(فصل) (١) ولا تعتبر حاجة البائع فلو باع رجل عربية من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري

ولنا أن المذهب في التجوز حاجة المشتري بدليل ما روى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق ، ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الأرفاق إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة. فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وإن اشترى عربيين أو باعها وفيها أقل من خمسة أوسق جاز وجهاً واحداً

(الثاني) أن يكون مشتريها محتاجاً إلى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغني وهو أحد قولي الشافعي وله قول آخر أنها تباع مطلقاً لكل أحد لأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البيوع ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت الذي ذكرناه وإذا خولف الأصل بشرط لم يجز مخالفته بدون ذلك الشرط ولا يلزم من إباحته للحاجة إباحته مع عدمها كالزكاة للمساكين فعلى هذا متى كان المشتري غير محتاج إلى أكل الرطب لم يجز شراؤها بالتمر، ولو باعها لواحد من دخول صاحب العربية حائطه كذهب مالك أو لغيره لم يجز وقال ابن عقيل يباح ويحتمل كلام أحمد لأن الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها

ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولأن في حديث زيد وسهل يأكلها أهلها رطباً ولو جازت لتخليص المعري لما شرط ذلك (الثالث) أن لا يكون للمشتري. نقد يشتري به للخبر المذكور (الرابع) أن يشتريها بخرصها من التمر ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوماً بالكيل ولا يجوز جزافاً لأنهم خلافاً في هذا عند من أباح بيع العرايا لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً متفق عليه، ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أهلها رطباً ، وإذا ثبت ذلك فعنى خرصها بمثلها من التمر أن ينظر الحارص إلى العربية فينظر كم يجيء منها تمرأ فيشتريها المشتري بمثلها تمرأ ، وبهذا قال الشافعي ، ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها رطباً ويعطي تمرأ وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يفترها بمثل الرطب الذي عليها لأنه يبيع

(١) كذا في

الأصل وكان المناسب

أن يذكر هذا الفصل

عقيب الشرط الثاني

ولا ندري أن كان هذا

الوضع من المصنف

أو من النسخ

التي ، بالنهي ، فأما يسمى بالنهي بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز لأن أحدهما ينفرد بالتقص في ثاني الحال فلم يجز بيعه به كالرطب بالتمر . وإن باع عصير نهي من ذلك بنقله فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجز بيعه به فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ولا الزيت بنقله الذي فيه بقية من الزيت إلا على الرواية

أشترط المائلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ولأن الأصل اعتبار المائلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خوفاً في الأصل في بيع الرطب بالتمر فبقي فيما عداه على قضية الدليل . قال القاضي والاول أصح لأنه ينبغي على خرص الثمار في العشر والصحيح خرصه تمرأ ولأن المائلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرأ يفضي إلى فوات ذلك ، فأما أن اشتراها بخرصها رطباً لم يجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي والثاني يجوز والثالث لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه . ووجه جوازه ما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص بعد ذلك في بيع العربية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ، ولأنه إذا جاز بيعها بالتمر مع اختصاص أحدهما بالتقص في ثاني الحال فلا يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ ، وعن سهل بن أبي حنمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال « ذلك الربا تلك المزابنة » إلا أنه أرخص في العربية النخلة أو النخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يأكلونها رطباً ولأنه مبين يجب فيه مثله تمرأ فلم يجز بيعه بمثله رطباً كالتمر الجاف ، ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا بشرط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن يحيى شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل مع الشك سيما وهذه الأحاديث تثبت وتزيل الشك

(الخامس) التقابض في المجلس وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه يبيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناء الشرع مما لم يمكن اعتباره في بيع العرايا ، والقبض في كل واحد منهما على حسبه ففي التمر اكتياله وفي الثمر التخلية ، وليس من شروطه حضور الثمر عند التخليل بل لو تبايما بعد معرفة الثمر والتمر ثم مضيا جميعاً إلى التخليل فسلمه إلى مشتريه ثم مضيا إلى الثمر فسلمه البائع أو سلم التمر أولاً ثم مضيا إلى التخليل فسلمه جاز لأن الفرق لم يحصل قبل القبض . إذا ثبت هذا فإن بيع العربية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بتمك ثمرة هذه النخلة بكذا . ويصفه الثاني أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بتمك هذا بهذا ، أو بتمك ثمرة النخلة بهذا التمر ونحو هذا فإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه وإن باعه بموصوف فقبضه بكيله

(مسألة) (فيعطيه من التمر مثل ما يؤول إليه ما في النخل عند الجفاف وعنه يعطيه مثل رطبه وقد ذكرناه) (فصل) ولا يشترط في العربية أن تكون موهوبة لبائنها ، وبه قال الشافعي وظاهر قول الحنفي أنه شرط ، وقال الأثرم سمعت أحمد يستل عن تفسير العرايا فقال : العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة والمسكنة فلم يعري أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك يبيع العرايا الجائر هو أن يعري الرجل الرجل فخلات من خائطه ثم يكره صاحب الخائط دخول الرجل المعري خائطه لأنه ربما كان مع أهله في الخائط

التي يجوز فيها مسألة مدعوجة فإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به متفاضلاً ومما تالاهم ما جنسان (فصل) وان باع شيئاً فيه الربا بعضه ببعض ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد

فيؤذبه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه، واحتجوا بأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عما قال أبو عبيد الاعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال شاعر الانصار :
ليست بسنهاء ولا رجية ولكن عرايا في السنين الجوانح

يقول انا نعريها الناس فتعين صرف اللفظ إلى موضوعه لئلا يقتضاه في العرية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما اختص بخمسة أسوق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يجز بيعها بالتمر لان لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس أنه لا يعجز عن أداء ثمن العرية . وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى أكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فتى وجد ذلك جاز البيع ، ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطباً ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ما جاز بيعه لو أهبه اذا كان موهوباً جاز وان لم يكن موهوباً كسائر الاموال وما جاز بيعه لو أهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وانراده بالبيع

(مسئلة) (ولا يجوز في سائر الثمار في أحد الوجهين)

لا يجوز بيع العرية في غير النخيل اختاره أبو حامد وهو قول الليث إلا تكون ثمرة مما لا يجري فيه الربا فيجوز بيع رطبها يابسها لعدم جريان الربا فيها ، وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياساً على ثمرة النخيل ، ويحتمل أن يجوز في العنب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيه وجواز خرصه وتوسيقه وكثرة يابسه واقتناؤه في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبه ، والتنصيص على النبي . يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرها لاختلافها في أكثر هذه المعاني فانه لا يمكن خرصها لتفرقها في الأغصان واستنارها بالاوراق ولا يفتات يابسها فلا يحتاج إلى الشراء به ، ووجه الاولى أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة التمر بالثمرة إلا أصحاب الرايا فانه أذن لهم ، وعن بيع العنب بالزبيب وكل تمر بخرصه وهذا حديث حسن رواه الترمذي وهو يدل على تخصيص العرية بالتمر فمن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كيلاً . وعن كل تمر بخرصه ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العرية وانما جازت في ثمرة النخيل رخصة ولا يصح قياس غيرها عليها لوجبه (أحدها) أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقليات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لأهل المدينة ، وانما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً وقياسهم يخالف نصوصاً غير مخصوصة ، وانما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص ونهى عن بيع العنب بالزبيب لم يدل على تخصيص بقياس عليه وكذلك سائر الثمار

(مسئلة) (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض ومع أحدهما أو معهما من غير جنسه)

ودرم أو معدن أو بدرهين، أو باع شيئاً محلي بجنس حليته فهذه المسئلة تسمى «مسئلة مدعجوة» والمذهب انه لا يجوز ذلك نص على ذلك أحمد في مواضع كثيرة وذكره قدامه الأصحاب قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها لا يجوز قولاً واحداً وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشریح وابن سيرين، وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه فإن منها نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن يجوز إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن، وروي حرب قال قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء لكن الكوفي أوضع قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجاني وروى الميموني أنه سأل لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال لا يشتريها حتى يفصلها إلا أن هذا أهون من ذلك لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي يشتري به فإذا كان من فضل الثمن إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله. قيل له فما تقول أنت؟ قال هذا موضع نظر، وقال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم؟ قال لا أقول فيه شيئاً، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أبي عبدالله خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني ونقل منها كلاماً آخر، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم، وبه قال الشعبي والنخعي واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لأنه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة ولكن وجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً للعقد، ولو اشترى من إنسان

كمدعجوة ودرهم معدن أو بدرهين أو بمد ودرهم وغنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه (

هذه المسئلة تسمى مسألة مدعجوة وظاهر المذهب أن ذلك لا يجوز نص عليه أحمد في مواضع كثيرة قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بتابع بجنس ما عليها لا يجوز قولاً واحداً، وروي هذا عن سالم بن عبدالله والقاسم بن محمد وشریح وابن سيرين وبه قال الشافعي وإسحاق وأبو ثور، وعن أحمد انه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه؛ قال حرب قلت لأحمد دفعت ديناراً كوفياً ودرهما وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء؟ قال لا يجوز إلا أن ينقص الدينار فيعطيه بحسابه فضة، وكذلك روى عن محمد بن أبي حرب الجرجاني قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية بعضها صفر وبعضها فضة بالدراهم فقال لا أقول فيه شيئاً، قال أبو بكر روى هذه المسئلة عن أحمد خمسة عشر نفساً كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل إلا الميموني، وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة يجوز ذلك بما ذكرنا من الشرط، وقال الحسن لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم وبه قال الشعبي والنخعي واحتجوا بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة لم يحمل على الفساد لأنه لو اشترى لحماً من قصاب جاز مع احتمال كونه ميتة لكن يجب حمله على أنه مذكي تصحيحاً، وقد أمكن تصحيح العقد ههنا بجمل

شيئاً جاز مع أحمال كونه غير ملكه ولا اذن له في بيعه تصحيحاً للعقد أيضاً وقد أمكن التصحيح هنا بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أتى النبي ﷺ بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا حتى تميز بينهما » قال فردّه حتى ميز بينهما رواه أبو داود ، وفي لفظ رواه مسلم قال فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولأن العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه أنه اذا اشترى عشرين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما يعيب رده بقسطه من الثمن ولذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهماً بعدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث فهذا اذا تفاوتت القيم ، ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين والجهل بالتساوي كالعلم بمدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والحرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ليس كذلك بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ولذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلاد نقود بطل ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه أما اذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر أنه ملكه لان اليد دليل الملك وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكي لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

الجنس في مقابلة غير الجنس أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد على المثل

ولنا ما روى فضالة بن عبيد قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا ، حتى تميز بينهما » قال فردّه حتى ميز بينهما رواه أبو داود وفي لفظ رواه مسلم قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب وزناً بوزن » ولأن العقد اذا جمع عوضين مختلفي الجنس وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر على قدر قيمة الآخر في نفسه ، فاذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض . بيانه اذا اشترى عشرين قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة والآخر ثلثها فلو رد أحدهما يعيب رده بقسطه من الثمن ، وكذلك اذا اشترى شقصاً وسيفاً بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن ، فاذا فعلنا هذا فيمن باع درهما ومداً قيمته درهماً بعدين قيمتهما ثلاثة حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد ، والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث هذا اذا تفاوتت القيم ومع التساوي يجهل ذلك لان التقويم ظن وتخمين ، والجهل بالتساوي كالعلم بمدمه في باب الربا ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة بالظن والحرص ، وقولهم يجب تصحيح العقد ممنوع بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد ، وكذلك لو باع بثمن وأطلق وفي البلد نقود بطل العقد ولم يحمل على نقد أقرب البلاد اليه ، أما إذا اشترى من انسان شيئاً فانه يصح لان الظاهر انه ملكه لأن اليد دليل الملك ، وإذا باع لحماً فالظاهر انه مذكي لان المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة

(فصل) فاما ان باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس كدينار مغربي ودينار ساووري بدينارين مغربيين أو دينار صحيح ودينار قراضة بدينارين صحيحين أو قراضتين أو حنطة حمراء وسمراء بيضاء أو تمرأ برنيا ومعلقيا بأبرحيمي فإنه يصح قال أبو بكر وأوما إليه أحمد واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها ، وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجوزة في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان ،

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المائلة المراعية وهي المائلة في الموزون وزناً وفي المكيال كيلاً ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قبل بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا ، واختلاف القيمة ينسب على الجودة والرداءة ولأنه باع ذهباً بذهب مقساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

(فصل) وان باع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما يبيع به الا أنه غير مقصود كدار عمه سقفا بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافاً ، وكذلك لو باع داراً بدار عمه سقفاً كل واحدة منهما بذهب أو فضة جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبداً بعدد واشترط كل واحد منهما

(مسألة) (وان باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين أو حنطة حمراء وسمراء بيضاء أو تمرأ برنيا ومعلقياً بأبرحيمي فان ذلك يصح قاله أبو بكر وأوما إليه أحمد واختار القاضي ان الحكم فيها كالتي قبلها)

وهو مذهب مالك والشافعي لان العقد يقتضي انقسام الثمن على عوضه على حسب اختلافه في قيمته كما ذكرنا ، وروي عن أحمد منع ذلك في النقد وتجوزة في الثمن نقله أحمد بن القاسم لان الانواع في غير الاثمان يكثر اختلاطها ويشق تمييزها فعفي عنها بخلاف الاثمان

ولنا قول النبي ﷺ « الذهب بالذهب مثلاً بمثل والفضة بالفضة مثلاً بمثل » الحديث وهذا يدل على اباحة البيع عند وجود المائلة المرعية وهي في الموزون وزناً وفي المكيال كيلاً ولأن الجودة ساقطة في باب الربويات فيما قبل بجنسه فيما اذا اتحد النوع في كل واحد من الطرفين فكذلك اذا اختلفا واختلاف القيمة ينسب على الجودة والرداءة ولأنه باع ذهباً بذهب مقساوياً في الوزن فصح كما لو اتفق النوع ، وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين أو في غير الربويات بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد ورديء

(مسألة) (ولا يجوز بيع تمر منزوع النوى بما نواه فيه لاشتغال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر ، وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يعجز لان التبعة زالت بزعه فصار كسالة مدعوجة بخلاف ما اذا كان في كل واحد نواه ، وان باع تمرأ منزوع النوى بتمر منزوع النوى

مال العبد الذي اشتراه جاز إذا لم يكن ماله مقصوداً لأنه غير مقصود بالبيع فأشبه التوبة في السقف ولذلك لا تشترط رؤيته في صحة البيع ولا لزومه وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو عليها صوف بصوف أو باع لبونا بلبون وذات صوف بمثلها ففيه وجهان (أحدهما) الجواز اختاره ابن حامد ؟ وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذابة لأن ما فيه الربا غير مقصود فلم يمنع كالدار المموه سقفا (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه الحيوان باللحم. والفرق بينهما أن اللحم في الحيوان مقصود بخلاف اللبن، ولو كانت الشاة مخلوبة اللبن جاز بيعاً بمثلها وباللبن وجهها واحداً لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه المملح في الشيرج والخبز والحين وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه أيضاً خلافاً وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لا يجوز، ووجه الوجهين ما ذكرناه في المسئلة قبلها، واختار القاضي أنه لا يجوز وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة

جاز كما لو باع تمرأ فيه النوى بعضه ببعض، وقال أصحاب الشافعي لا يجوز في أحد الوجهين لأنهما لم يتساويا في حال السكال ولأنه يتجافى في السكال

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «التمر بالتمر مدأ بعد» ولأنهما تساويا في حال على وجه لا ينفرد أحدهما بالانقصان فجاز كما لو كان في كل واحد نواه، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلا كذلك

(مسئلة) (وفي بيع النوى بتمر فيه النوى، واللبن بشاة ذات لبن، والصوف بنعجة عليها صوف روايتان) إذا باع النوى بتمر نواه فيه فعلى روايتين (إحدهما) لا يجوز رواه عنه مهنا وابن القاسم لأنه كسئلة مدعوجة وكما لو باع تمرأ فيه نواه بتمر منزوع النوى (والثانية) يجوز رواها ابن منصور لأن النوى في التمر غير مقصود فجاز كما لو باع داراً مموها سقفا بذهب، فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلاً وتساوياً لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بتمر منزوع النوى

(فصل) وإن باع شاة ذات لبن بلبن أو شاة عليها صوف بصوف أو باع لبوناً بلبون أو ذات صوف بمثلها خرج فيه الروايتان كالتى قبلها (إحدهما) الجواز اختاره ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة لأن ما فيه الربا غير مقصود (والثاني) المنع وهو مذهب الشافعي لأنه باع مال الربا بأصله الذي فيه منه أشبه بيع اللحم بالحيوان والاول أولى، والفرق بينهما أن اللحم والحيوان مقصود بخلاف اللبن والصوف، ولو كانت الشاة مخلوبة اللبن جاز بيعاً بمثلها وباللبن وجهاً واحداً لأن اللبن لا أثر له ولا يقابله شيء من الثمن فأشبه المملح في الشيرج والخبز والحين وحبات الشعير في الحنطة ولا نعلم فيه خلافاً، وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكل حال، ويحتمل أن لا يجوز على قولنا إن اللبن جنس واحد، ولو باع نخلة عليها تمر بتمر أو بنخلة عليها تمر ففيه أيضاً وجهان (أحدهما) الجواز اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع (والثاني) لا يجوز ووجه الوجهين ما ذكرناه في المسئلة قبلها، واختار القاضي المنع وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصح إفرادها بالبيع وهي معلومة بخلاف اللبن في الشاة، وهذا الفرق غير مؤثر فإن ما يمنع إذا جاز

بخلاف اللبن في الشاة وهذا الفرق غير مؤثر فان ما يمنع إذا جاز لإفراده يمنع وان لم يحجز إفراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وان جاز لإفراده كمال العبد

(فصل) وان باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فذلك ينقسم أقساماً (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحببات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتأمل وكذلك لو وجد في أحدها دون الآخر لم يمنع لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه مثل أن يبيع الحبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله ويتنزل خلطه منزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلا يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لانفضائه الى التفاضل فجري مجرى بيع التمر بالرطب. ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء والائتمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتأمل المقصود فيه ، وان باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في الاصل

افراده يمنع وإن لم يحجز افراده كالسيف المحلى يباع بجنس حليته وما لا يمنع لا يمنع وإن جاز افراده كمال العبد (فصل) وان باع داراً سقفها بموه بذهب أو داراً بدار بموه سقف كل واحدة منهما جاز لان ما فيه الربا غير مقصود بالبيع فوجوده كعدمه ، وكذلك لو اشترى عبداً له مال فاشتري ماله وهو من جنس الثمن جاز اذا كان المال غير مقصود فهو كالسقف المموه ، ولو اشترى عبداً ببعد واشترى كل واحد منهما مال العبد جاز أيضاً اذا كان المال غير مقصود

(فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ومع كل واحد من غير جنسه غير مقصود فهو على أقسام (أحدها) أن يكون غير المقصود يسيراً لا يؤثر في كيل ولا وزن كالملح فيما يعمل فيه وحببات الشعير في الحنطة فلا يمنع لانه يسير لا يخل بالتأمل ، وكذلك لو وجد في أحدها دون الآخر لم يمنع لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه كبيع الحبز بالملح جاز لان وجود ذلك كعدمه (الثاني) أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود كالماء في خل التمر والزبيب ودبس التمر فهذا يجوز بيعه بمثله ويتنزل خلطه بمنزلة رطوبته لكونه من مصلحته فلم يمنع من بيعه بما يماثله كالرطب بالرطب ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط كبيع خل العنب بخل الزبيب لانفضائه الى التفاضل فجري مجرى بيع التمر بالرطب ، ومنع الشافعي ذلك كله إلا بيع الشيرج بالشيرج لكون الماء لا يظهر في الشيرج (الثالث) أن يكون غير المقصود كثيراً وليس من مصلحته كاللبن المشوب بالماء بثلثه والائتمان المغشوشة بغيرها فلا يجوز بيع بعضها ببعض لان خلطه ليس من مصلحته وهو يخل بالتأمل المقصود فيه ، وإن باعه بجنس غير المقصود كبيع الدينار المغشوش بالفضة بالدراهم احتل الجواز لانه يبيعه بجنس غير مقصود فيه فأشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناء على الوجه الآخر في

وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود ، وان علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على الوجهين أولاها الجواز لانها تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكانه لاقية له .

(فصل) ولو دفع اليه ردهما فقال أعطني بنصف هذا الدرهم ونصف درهم وبنصفه فلوسا أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين وقال بعني بهذا الدرهم فلوسا واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوسا جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

(فصل) وما كان مشتملا على جنسين بأصل الحلقة كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره وأشياء ذلك فهذا اذا قول بمثله جاز بيعه به ولا نظر الى ما فيه فان النبي ﷺ أجاز بيع التمر بالتمر والحيوان بالحيوان وقد علم اشتغالها على ما فيها ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ففيه عن احمد روايتان قد ذكرناهما فيما مضى ، فأما العمل قبل تصفيته فقال أصحابنا لا يجوز بيع بعضه ببعض لاشتغاله على غسل وشحم وذلك بفعل التحلل فأشبهه السيف المحلى

الاصل وان باع ديناراً مغشوشاً بمثله والغش فيهما متفاوت أو غير معلوم المقدار لم يجز لانه يخل بالتماثل المقصود ، وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما خرج على وجهين أولاها الجواز لانها تماثلا في المقصود وفي غيره ولا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة لكون الغش غير مقصود فكانه لاقية له (فصل) ولو دفع الى انسان درهما وقال أعطني بنصف هذا الدرهم ونصف درهم وبنصفه فلوساً أو حاجة أخرى جاز لانه اشترى نصفاً بنصف وهما متساويان فصح كما لو دفع اليه درهمين فقال بعني بهذا الدرهم فلوساً واعطني بالآخر نصفين ، وان قال اعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً لان معناه ذلك ولان ذلك لا يفضي الى التفاضل بالتوزيع بالقيمة فان قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء

(مسألة) والمرجع في الكيل والوزن الى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ما لا عرف لهم فيه فقيه وجهان

(أحدهما) يعتبر عرفه في موضعه ولا يرد الى أقرب الاشياء شهابه بالحجاز ونحو هذا مذهب الشافعي ، قال أبو حنيفة الاعتبار في كل بلد بمادته ، ولنا ما روى عبدالله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ل«المكيل، كمال المدينة والميزان ميزان مكة» والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الاحكام لان ما كان مكيلاً بالحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف اليه التحريم في تفاضل الكيل فلا يجوز أن يتغير بذلك وهكذا الوزن ، فأما ما لا عرف له في الحجاز فقيه وجهان (أحدهما) يرد الى أقرب الاشياء بها به بالحجاز كما ان الحوادث ترد الى أشبه المنصوص عليه بها وهو القياس (والثاني) يعتبر عرفه موضعه لان ما لم يكن له في الشرع حد يرجع فيه الى العرف كالقبض والحرز والتفرق ، وعلى هذا

(فصل) ويحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الاسلام ، وبه قال مالك والاوزاعي وأبو يوسف والشافعي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلموا في دار الحرب لاربا بينهما لما روى مكحول عن النبي ﷺ أنه قال « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب » (١) ولأن أموالهم مباحة وأما حظرها الايمان في دار الاسلام فما لم يكن كذلك كان مباحا ، ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا) وقوله (الذين يأكلون الربا لا يقومون

إن اختلفت البلاد فلا اعتبار بالغالب فان لم يكن غالب تعين الوجه الاول ومذهب الشافعي كهذين الوجهين (فصل) والبر والشعير مكيلان منصوص عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « البر بالبر كيلا بكيل والشعير بالشعير كيلا بكيل » وكذلك سائر الحبوب والابازير والاشنان والخصم والنورة وما أشبهها والتمر مكيل وهو من المنصوص عليه وكذلك سائر ثمرة النخل من الرطب والبسر وغيرها ، وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار مثل الزبيب والفسق والبنق واللوز والعناب والمشمش والزيتون والبطم والملح مكيل وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الملح بالملح مدأ بمد » والذهب والفضة موزونان بقوله عليه السلام « الذهب بالذهب والفضة بالفضة وزناً بوزن » وكذلك ما أشبههما من جواهر الارض كالخديد والرصاص والصفرة والنحاس والزجاج والزئبق وكذلك البرسم والقطن والكتان والصوف وغزل ذلك وما أشبهه ، ومنه الخبز واللحم والشحم والحلين والزبد والشمع والزعفران والورس والبصفر وما أشبه ذلك

(فصل) والدقيق والسويق مكيلان لان أصلهما مكيل ولم يوجد ما ينقلها عنه ولا نهما يشبهان ما يكال وذكر القاضي في الدقيق أنه يجوز بيع بعضه ببعض وزناً ولا يمنع أن يكون موزوناً وأصله مكيل كالخبز . ولنا ما ذكرناه ولأنه يقدر بالصاع بدليل أنه يخرج في الفطر صاع من دقيق ، وقد جاء ذلك في الحديث والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الاقط مكيلا لان في حديث صدقة الفطر صاع من أقط . فاما اللبن وغيره من المائعات كالادهان من الزيت والشيرج والعسل واللبس والحل ونحو ذلك ، فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضي في الادهان هي مكيلة وفي اللبن يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعي لا يباع اللبن ببعضه ببعض الا كيلا ، وقد روي عن احمد رحمه الله تعالى أنه سئل عن السلف في اللبن فقال نعم كيلا أو وزناً وذلك لان الماء يقدر بالصاع ، ولذلك قالوا : كان النبي صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ويفتسل بالصاع ويفتسل هو وزوجته من الفرق وهذه مكيلات قدر بها الماء ، وكذلك سائر المائعات ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما في ضرع الانعام إلا بكيل رواه ابن ماجه ، وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز في كيل ولا وزن ولا يشبه ما جرى فيه عرف بذلك كاللبنات والحبوب والمعدودات من الحبوب والبيض والرمال والقناء والحيار وسائر الخضر

(١) الحديث مرسل غريب وهو محتج بمسألة الثقة ، والاصل في هذا عنده ان مال الحربي مباح الاصل قالوسيلة لاخذه برضاه لا تخرجه عن أصله بخلاف مال المستأمن والذي قالوا ولذلك اجاز النبي (ص) للصديق اكل القمار من بعض مشركي مكة لما راهنه على غلب الروم للفرس وصرح بعضهم بأن المباح ان يأخذ المسلم مال الحربي دون العكس

الا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس (وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام وكذلك سائر الاحاديث ولان ما كان محرما في دار الاسلام كان محرما في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا نعرف صحته ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ما ورد بتحريم القرآن وتظاهرت به السنة وانقد الاجماع على تحريمه بخبر مجهول لم يرد في صحيح ولا مسند ولا كتاب موثوق به وهو مع ذلك مرسل محتمل ، ويحتمل أن المراد بقوله « لاربا » انتهى عن الربا (١) كقوله (لارث ولا فسوق ولا جدال في الحج) وما ذكره من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح الا فيما حظره الامان، ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل وهو محرم بالاجماع فكذا هبنا والبقول والسفرجل والتفاح والكثي والخوخ ونحوها ، فهذه اذا اعتبرنا التماثل فيها فانه يعتبر في الوزن لانه أخصر ذكره القاضي في الفواكه الرطبة وهو أحد الوجبين لأصحاب الشافعي ، والآخر قالوا يعتبر ما أمكن كياله بالكيل لان الاصل الاعيان الاربعة وهي مكيلة ، ومن شأن القرع أن يرد الى أصله بحكمه ، والاصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل فكذلك يكون حكم فروعه ولنا أن الوزن أخصر فوجب اعتباره في غير المكيل والموزون كالذي لا يمكن كياله ، وانما اعتبر الكيل في المنصوص لانه يقدر به في العادة وهذا بخلافه

(فصل) قال رضي الله عنه (وأما ربا النسبة فكل شئ ليس أحدهما مئة علة ربا الفضل فيها واحدة كالكيل بالكيل والموزون بالموزون لا يجوز النساء فيها وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد) متى كان أحد الموضين مئة والآخر مئتا جاز النساء بينها بغير خلاف لان الشرع أرخص في السلم والاصل في رأس مال السلم الدراهم والدنانير فلو حرم النساء ههنا لانسد باب السلم في الموزونات في الغالب وان لم يكن أحدهما مئة ، فكل شئين يجري فيها الربا بمئة واحدة كالكيل بالكيل والموزون بالموزون والمطعوم بالمطعوم عند من يعال به بحرم بيع أحدهما بالآخر نسبة بغير خلاف لعلمه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يبدأ بيد » وفي لفظ « لا بأس ببيع الذهب بالفضة والفضة أكثرهما - يبدأ بيد وأما النسبة فلا ، ولا بأس ببيع البر بالشعير - والشعير أكثرهما - يبدأ بيد وأما النسبة فلا » رواه أبو داود

(فصل) وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد ، وبه قال الشافعي رحمه الله تعالى ، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا يشترط التقابض في غير التقدين لان ما عداها ليس بأمان . فلم يشترط التقابض فيها كغير أموال الربا وكبيع ذلك بأحد التقدين ، وأما قوله عليه السلام « فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم يبدأ بيد » فالمراد به القبض ، ولانها مالا من أموال الربا علتها واحدة فحرم التفرق بينهما قبل القبض كالذهب بالفضة

(مسئلة) (وان باع مكيلا بموزون كاللحم بالبر جاز اتفرق قبل القبض وفي التساوي روايتان) وهذا ذكره أبو الخطاب وقال هو رواية واحدة لان علتها مختلفة فجاز التفرق قبل القبض كالثمن بالثمن ، ويحتمل كلام الحنفي وجوب التقابض لانه قال : وما كان من جنسين فجاز التفاضل فيه يبدأ بيد

﴿مسئلة﴾ قل (واذا اشترى ذهباً بورق عينا بين فوجد أحدهما فيه اشتراه عيباً فله الخيار بين أن يرد أو يقبل اذا كان بصرف يومه وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه)

معنى قوله عينا بعين هو أن يقول بتك هذا الدينار بهذه الدراهم ويشير اليهما وهما حاضران وبغير عينة أن يوقع العقد على موصوف غير مضاف اليه فيقول بتك ديناراً مصرياً بمشرة دراهم ناصرية وان وقع القبض في المجلس وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر وكل ذلك جائز، والمشهور في المذهب أن النقود تتبين بالتعيين في العقود فيثبت الملك في أعيانها فعلى هذا إذا تبايعا ذهباً بفضة مع

وهل يجوز النساء ؟ فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز ذكرها الحرقى لانها مالان من أموال الربا فله يحجز النساء فيهما كالكيلى بالكيلى (والثانية) يجوز وهو قول التختي لانها لم يجتمعا في أحد وصفي علة ربا الفضل فجاء النساء فيهما كالثياب بالحيوان وعند من يعلل بالطعم لا يحجزه ههنا وجهاً واحداً
(مسئلة) (وما لا يدخله ربا الفضل كالثياب والحيوان يجوز النساء فيهما، وعنه لا يجوز وعنه لا يجوز في الجنس الواحد كالحيوان بالحيوان ويجوز في الجنس كالثياب بالحيوان)

فيه أربع روايات (أحدها) لا يحرم النساء فيه سواء بيع بجنسه أو بغيره متساوياً أو متفاضلاً، وقال القاضي أن كان مطعوماً حرم النساء فيه وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً، وهذا مبني على أن العلة الطعم وهو مذهب الشافعي، ووجه جواز النساء ما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفتد الأبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى ابل الصدقة ، وروى سعيد في سننه عن أبي معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد بن علي أن علياً باع بعيراً له يقال له عصيفير بأربعة أبعرة إلى أجل ولانها مالان لا يجري فيها ربا الفضل فجاء النساء فيهما كالعرض بالدينار ، ولان النساء أحد نوعي الربا فلم يحجز في الأموال كلها كالنوع الآخر فعلى هذه الرواية علة تحريم النساء الوصف الذي مع الجنس . أما الكيل أو الوزن أو الطعم عند من يعلل به فيختص بتحريم النساء بالكيل والموزون عند من يعلل به اختاره القاضي (والرواية الثانية) يحرم النساء في كل مال يبيع بمال آخر سواء كان من جنسه أو لا لما روى سمرة رضي الله عنه قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة. قال الترمذي حديث صحيح ولم يفرق بين الجنس والجنسين، ولأنه يبيع عرض بعرض فحرم النساء بينهما كالجنسين من أموال الربا فيكون علة النساء بينهما المالية على هذه الرواية. قال القاضي فعلى هذا لو باع عرضاً بعرض ومع أحدهما دراهم المروض تقدراً والدرهم نسيئة جاز وإن كان بالعكس لم يجز لانه يفضي إلى النسيئة في العروض (قال شيخنا) وهذه الرواية ضيقة جداً لانه اثبات حكم بخالف الأصل بغير نص ولا إجماع ولا قياس صحيح فان للمحل المجمع عليه أو المنصوص عليه أوصافاً لها أثر في تحريم الفضل فلا يجوز حذفها عن درجة الاعتبار ، وما هذا سبيله لا يجوز اثبات الحكم فيه وإن لم يخالف أصلاً فكيف مع مخالفة الأصل في حل البيع ؟ فأما حديث سمرة فهو من رواية الحسن عن سمرة، وأبو عبد الله لا يصحح سماع الحسن من سمرة قاله الأثرم (والرواية الثالثة) يحرم النساء في كل ما يبيع بجنسه كالحيوان بالحيوان والثياب بالثياب ولا يحرم

التمين فيها ثم تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيا لم يخل من قسمين (أحدهما) أن يكون العيب غشا من غير جنس المبيع مثل أن يجد الدراهم رصاصا أو نحاسا أو فيه شيء من ذلك أو الدينار مسا فالصرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (إحداهن) البيع باطل (والثانية) البيع صحيح لان البيع وقع على عينه وللمشتري الخيار بين الامساك أو الرد وأخذ البذل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رده ولا بدله

في غير ذلك وهذا مذهب أبي حنيفة، ويروى كراهة بيع الحيوان بالحيوان نساء عن ابن الحنفية وعبد الله ابن عبيد بن عمر وعكرمة بن خالد وابن سيرين والثوري والحسن وروي ذلك عن عمار وابن عمر لحديث سمرة، ولان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل فحرم النساء كالكيل والوزن (والرواية الرابعة) لا يحرم النساء الا فيما يبيع بجنسه متفاضلا لما روي جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ولا بأس به يداً بيد» قال الترمذي حديث حسن، وروي الامام أحمد باسناده عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلا قال يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجبة بالابل؟ فقال «لا بأس إذا كان يداً بيد» وهذا يدل بمفهومه على إباحة النساء مع التماثل والرواية الاولى أصح لموافقتها الاصل، والا حاديت المخالفة لها قد قال أحمد ليس فيها حديث يعتمد عليه ويعجبني أن يتوقاه وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا فقال هما مرسلان، وحديث سمرة قد أجبنا عنه وحديث جابر قال أبو عبد الله هذا حجاج زاد فيه نساء، وليث بن سعيد قال يعقوب بن شعبة هو وإهي الحديث وهو صدوق، وان كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه والآخر فيه ربا كالكيل بالمعدود ففي تحريم النساء فيهما روايتان

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الكالئ بالكالئ وهو بيع الدين بالدين) لان النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ رواه أبو عبيد في التريب

(فصل) قال رحمه الله تعالى (ومتى افترق المتصارفان قبل التقابض أو افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس ماله بطل العقد)

أما إذا افترقا عن مجلس السلم قبل قبض رأس المال فسيذكر في بابه ان شاء الله تعالى، وأما الصرف فهو بيع الاثمان بعضها ببعض، والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء» وقوله عليه السلام «يبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد» ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق دينا ونهى أن يباع غائب منها بناجز وكلها أحاديث صحاح. ويجزيء القبض في المجلس وان طال، ولو تماشيا مصطفىين الى منزل احدهما او الى الصرف فتقابضا عنده جاز، وبه قال ابو حنيفة واصحابه، وقال مالك لاخير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما

ولنا أنهما لم يتفارقا قبل التقابض فأشبه مالوكا في سفينة تسير بهما أو راكبين على دابة واحدة ثمشي بهما وقد دل على ذلك حديث أبي برزة الاسلمي رضي الله عنه في قوله الذين مشيا اليه من جانب العسكر: وما ارا كما افترقا. وان تفرقا قبل التقابض بطل العقد لفوات شرطه

ولنا أنه باعه غير مسمى له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار أو هذا الثوب انقز فوجده كنانا ، وأما القول بأنه يلزمه المبيع فقير صحيح فإن اشترى معيماً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش كسائر المبيعات ، ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلس العيب لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع فهنا مع اختلاف الذات أولى (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه مثل كون الفضة سوداء أو خشنة تنفطر عند الضرب أو سكها مخالفة لسكة السلطان فالعقد صحيح والمشتري مخير بين

(مسئلة) وان قبض البعض ثم افرقا بطل في الجميع في احد الوجهين ، وفي الآخر يبطل فيما لم يقبض بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل احدها وكلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما حاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افرقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقد فات ، وان تخaira قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك لانهما لم يتفرقا قبل القبض ، ويحتمل ان يبطل إذا قلنا بلزوم العقد وهو مذهب الشافعي لان العقد لم يبق فيه خيار قبل القبض اشبه ما لو افرقا ، والصحيح الاول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشترط التقابض قبل اللزوم بحكم بغير دليل ثم يبطل بما اذا تخaira قبل الصرف ثم اصرقا فان الصرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم وليس معه الا خمسة لم يحز أن يتفرقا قبل قبض العشرة ، فان قبض الخمسة وافرقا فهل يبطل في الجميع أو في نصف الدينار ؟ ينبغي على تفريق الصفقة فان اراد صحة العقد فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه او يفسخا العقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها اليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون نصفه له والباقي امانة في يده ويتفرقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله سلماً في شيء أو وهبه لإياه جاز ، ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائنه دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ، ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وان طال ويكون الزائد امانة في يده لا شيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل ، فان لم يكن مع أحدها إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملاً ودفع اليه الدراهم ثم اقترضها منه واشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع اليه الخمسة ثم اقترضها منه ودفع اليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(مسئلة) (وان تقابضا ثم افرقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئاً فرده بطل العقد في إحدى الروايتين) هذا إن كان فيه عيب من غير جنسه لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه فيما يشترط قبضه اخاره القاضي ، والآخر لا يبطل لان قبض عوضه في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في المجلس وان رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في الباقي ؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة ، وإن كان العيب من جنسه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع مدي ثمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرأ جيداً أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدرهم وتقابضا ثم اشترى منه بالدراهم قراضة عن غير مواطاة ولا حيلة فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره ليعتاق منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع

الامساك وبين فسخ العقد والرد، وليس له البدل لأن العقد واقع على عينه فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فاشبه السلم إذا قبضه فوجد به عيباً، وإن كان العيب في بضه فله رد الكل أو امساكه، وهل له رد الميب وأمساك الصحيح؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة، والحكم فيها إذا كان العوضان من جنس واحد كالحكم في الجنسين على ما ذكرنا لكن بتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد

فيتناع منه، وقال أحمد في رواية الأثرم يبيعهما من غيره أحب إلي، قلت له فإن لم يعلم أنه يريد أن يبيعهما منه، فقال يبيعهما من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوقيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي، يقول هي ترجع إليه، قيل لا أبي عبد الله فذهب ليشترى الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدها فرجع إليه، فقال إذا كان لا يبالي اشتري منه أو من غيره فنعم، فظاهر هذا أنه على وجه الاستحباب لا الإيجاب ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشتري منه أو من غيره فنعم، وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يجز لأنه يضارع الربا

ولنا ما روى أبو سعيد رضي الله عنه قال: جاء بلال رضي الله عنه إلى النبي ﷺ بتمر برني، فقال النبي ﷺ «من أين هذا؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم، فقال النبي صلى الله عليه وسلم «وأي عيب بالربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر ببيع آخر ثم اشتريه» وروى أبو سعيد رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يعمل رجلاً على خبير فجاءه بتمر جنب فقال «أكل تمر خبير هكذا؟» فقال لا والله أنا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لا تفعل ببع التمر بالدراهم ثم اشتري بالدراهم جنبياً» متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه، ولو كان ذلك محرماً لبيته له وعرفه إياه، ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطأة فجاز كما لو باعه من غيره، ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات، فإن تواطأ على ذلك لم يجز وكان حيلة محرمة، وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطاً في العقد. ولنا أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة والحيلة محرمة على ما سنذكره (فصل) والصرف ينقسم إلى قسمين (أحدهما) أن يبيع عبنا بعين وهو أن يقول بعتك هذا

الدينار بهذه الدراهم (والثاني) أن يقع العقد على موصوف نحو أن يقول بعتك ديناراً أمصرياً بعشرة دراهم ناصرية وقد يكون أحد العوضين معينا دون الآخر وكل ذلك جائز، وظاهر المذهب أن النقود تعين بالتعين في العقود فيثبت الملك في أعيانها، فإن تباع عبنا بعين ثم تقابضاً فوجد أحدهما عيباً فيها قبضه فذلك قسبان (١) (أحدهما) أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع كالتحاس في الدراهم والمس في الذهب فالصرف باطل وهو قول الشافعي، وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات (أحدها) أن البيع باطل (والثانية) صحيح والمشتري الخيار والترك وأخذ البدل (والثالثة) يلزمه العقد وليس له رد ولا بدل. ولنا أنه باعه غير ما سمي له فلم يصح كما لو قال بعتك هذه البغلة فإذا هو حمار، أو هذا الثوب القز وإذا هو كتان، وأما القول بأنه يلزمه البيع فلا يصح لانه اشتري معيماً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أورش كسائر البياعات (القسم الثاني) أن يكون العيب من جنسه كالسواد في القضة والحشونة

«١» قوله فذهب
الحزب في العبارة تعقيد
واضطراب فراجع
في مظتها من المغني

«١» عبارة المغني
في الصفحة السابقة .
لم يخل من قسمين .
وهو جواب الشرط .
وما هنا لا يصلح جواباً
بل هو معطوف على
ما قبله

من ذلك الجنس أنه اذا وجد بعض العوض معيماً أن يبطل العقد في الجميع لان الذي يقابل المبيع أقل من الذي يقابل الصحيح فيصير كمسئلة مدعجوة ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا في هذا الفصل سواء

(فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المائلة المشتركة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجهاً بجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد، وليس لهذا الوجه وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ويأخذ به الشفع ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض قباً أي شيء استحققه المشتري فانه ليس بهبة على أن الزيادة في المجلس من العوض ولو لم يكن أرشاً فالارش أولى وان كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المائلة غير معتبرة وتختلف قبض بعض العوض عن بعض مادام في المجلس لا يضر فجاز كما في سائر المبيع، وإن كان بعد التفرق لم يجز لأنه يفضي الى حصول التفرق قبل انقبض لأحد العوضين إلا أن يجعل الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة قفيز حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فإذا كان الارش مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض.

(فصل) قول الحرقى إذا كان بصرف يومه يعني الرد جائز ما لم ينقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا فان نقصت قيمته كان أخذ عشرة دينار فصارت احد عشر دينار فظاهر كلام احمد والحرقى أنه لا يملك الرد لان المبيع تعيب في يده لنقص قيمته وإن كانت قيمته قد زادت مثل أن صارت تسعة دينار لم يمنعه الرد لانه زيادة وليس بعيب، والصحيح أن هذا لا يمنع الرد لان تغير السعر

كونها تنفطر (١) عند الضرب أو ان سكتها مخالفة لسكة السلطان فيصح العقد ويخير المشتري بين الامساك والتزك ولا بدل له لان العقد وقع على معين فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره، وإن قلنا إن النقد لا يتعين بالتعيين في العقد فله أخذ البدل ولا يبطل العقد لأن الذي قبضه ليس هو المعقود عليه فأشبه المسلم اذا قبضه فوجد به عيباً ومذهب الشافعي في هذا الفصل على ما ذكرناه

(فصل) ولو أراد أخذ أرش العيب والعوضان في الصرف من جنس واحد لم يجز لحصول الزيادة في أحد العوضين وفوات المائلة المشتركة في الجنس الواحد، وخرج القاضي وجهاً لجواز أخذ الارش في المجلس لان الزيادة طرأت بعد العقد وليس لذلك وجه فان أرش العيب من العوض يجبر به في المراجعة ويرد به إذا رد المبيع بفسخ أو إقالة ولو لم يكن من العوض قباً أي شيء استحققه المشتري فانه ليس بهبة، على أن الزيادة في المجلس من العوض وإن لم يكن أرشاً فالارش أولى، وإن كان الصرف بغير جنسه فله أخذ الارش في المجلس لان المائلة غير معتبرة، وتختلف قبض بعض العوض عن بعض لا يضر ما دام في المجلس فجاز كما في سائر المبيع، وإن كان بعد التفرق لم يجز لانه يفضي الى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين إلا أن يجعل الارش من غير جنس الثمن كأنه أخذ أرش عيب الفضة حنطة فيجوز، وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض، فإذا كان مما لا يشترط قبضه كمن باع قفيز حنطة بقفيزي شعير فوجد أحدهما عيباً فأخذ أرشه درهما جاز وإن كان بعد التفرق لانه لم يحصل التفرق قبل قبض ما يشترط فيه القبض

« ١ » كذا ومثله

ما في الشرح كما ترى في أدنى الصفحة ولعل أصله : فوجد في أحدهما عيباً

« ١ » لعل أصله ككونها تنفطر وانظر عبارة المغني في اوائل هذه الصفحة فهي أصح وأنصح

ليس بعيب ولهذا لا يضمن في الغصب ولا يمنع من الرد بالعيب في القرض ولو كان عيباً ظاهراً المذهب أنه إذا تعيب المبيع عند المشتري ثم ظهر على عيب قديم فله رده ورد أرش العيب الحادث عنده وأخذ الثمن . (فصل) وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ورد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلاً أو عوضها إن اتفقا على ذلك سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين

(فصل) إذا علم المصطر فان قدر العوضين جاز أن يتبايما بغير وزن، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن مأمعه فصدقه فإذا باع ديناراً بدينار كذلك وافترقا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف لانهما يتبايما ذهباً بذهب متفاضلاً ، فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد فإن كان قال بتك هذا الدينار بهذا فالحقد باطل لانه باع ذهباً بذهب متفاضلاً ، وإن قال بتك ديناراً بديناراً ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً للمالك لانه قبضه على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه إنما باع ديناراً بمثلته وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فإن أراد دفع عوض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لانه معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك لأن أخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيباً بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد ويدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدتها أحد عشر كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً للمالك لانه قبضه على أنه عوض عن ماله فكان مضموناً بهذا القبض والمالك التصرف فيه كيف شاء

(فصل) والدرهم والدنانير تعين بالتعيين في القدر بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ويتعين عوضاً فيه فلا يجوز إبداله ، وإن خرج مقصوباً بطل العقد ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وعن أحمد أنها لا تعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مقصوبة وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلا تعين بالتعيين فيه كالكيل والصنعة . ولنا أنه عوض في عقد فیتعين بالتعيين كسائر الأعواض ، ولأنه أحد العوضين فیتعين بالتعيين كالأخر ويفارق ما ذكره فإنه ليس بعوض وإنما يراد لتقدير العقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا تبايما ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً فله البطل إذا

كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه كالوضوح في الذهب والسواد في الزنقة)
يعني اصطرفاً في الذمة نحو أن يقول بتك ديناراً مصرى بعشرة دراهم فيقول الآخر قبلت فيصح

(فصل) وإن تلف العوض في الصرف بعد القبض ثم علم عيبه فسخ العقد ويرد الموجود وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده فيرد مثلاً أو عوضها إن اتفقا عليه سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه ذكره ابن عقيل وهو قول الشافعي ، قال ابن عقيل وقد روي عن أحمد جواز أخذ الارش والاول أولى إلا أن يكونا في المجلس والعوضان من جنسين (القسم الثاني) أن يصطرفا في الذمة فيصح
(المغني والشرح الكبير) (٢٢) (الجزء الرابع)

البيع سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أو لم يكونا إذا تقابضا قبل الافتراق بأن يستقرضا أو غير ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين ، وعن زفر مثله لأن النبي ﷺ قال « لا تتبعوا غائباً منها بناجز » ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين وهو غير جائز . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرتين والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بأجل ، أو مقبوض بغير مقبوض بدليل مالو عين أحدهما فإنه يصح ، وإن كان الآخر غائباً والقبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله « عيناً بعين بدأ بيد » والقبض يجري في المجلس كذا التعيين ، إذا ثبت هذا فلا بد من تعيينهما بالتقابض في المجلس ، ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيناً قبل انفراقه فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فله المطالبة بما وقع عليه العقد كالسلم فيه ، وإن رضيه بعينه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيماً ، وإن اختار أخذ الارش فإن كان العوضان من جنس واحد لم يجوز لأفضائه إلى التفاضل فيها بشرط فيه التماثل وإن كانا من جنسين جاز ، فأما إن تقابضا واقتراهما وجد العيب من جنسه فله إبداله في إحدى الروايتين اختارها الحلال والحرقى وروي ذلك عن الحسن وقنادة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لأن ما جاز إبداله قبل التفريق جاز بعده كالسلم فيه

(والرواية الثانية) ليس له ذلك وهو قول أبي بكر ومذهب أبي حنيفة والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفريق ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن صار إلى الرواية الأولى قال قبض الأول صح

سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما أولاً إذا تقابضا قبل الافتراق وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . وحكي عن مالك لا يجوز الصرف إلا أن تكون العينان حاضرتين وعنه لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين وعن زفر مثله لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تتبعوا غائباً منها بناجز » ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين كان بيع دين بدين . ولنا أنهما تقابضا في المجلس فصح كما لو كانا حاضرتين ، والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بأجل أو مقبوض بغير مقبوض بدليل مالو غير أحدهما فإنه يصح وإن كان الآخر غائباً ولأن القبض في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ألا ترى إلى قوله « عيناً بعين بدأ بيد » والقبض يجري في المجلس كذا التعيين . إذا ثبت هذا فلا بد من تعيينهما بالتقابض في المجلس ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيناً قبل التفريق فله المطالبة بالبدل سواء كان العيب من جنسه أو من غير جنسه لأن العقد وقع على مطلق لا عيب فيه فكان له المطالبة بما وقع عليه العقد كالسلم فيه وإن رضيه بعينه والعيب من جنسه جاز كما لو رضي بالمسلم فيه معيماً ، وإن اختار أخذ أرشه وكان العوضان من جنسين جاز وإن كانا من جنس لم يجوز وقد ذكرناه ، وإن تقابضا واقتراهما وجد العيب من جنسه فله إبداله في إحدى الروايتين اختارها الحلال والحرقى وروي ذلك عن الحسن وقنادة وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لأن ما جاز إبداله قبل التفريق جاز بعده التفريق كالسلم فيه (الثانية) ليس له ذلك اختارها أبو بكر وهو مذهب أبي حنيفة . والقول الثاني للشافعي لأنه يقبضه بعد التفريق ولا يجوز ذلك في الصرف ، ومن نصر الرواية الأولى قال قبض الأول صح

به العقد ، وقبض الثاني بدل على الاول ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان تفرقا من غير قبض بطل العقد ، وإن وجد البعض رديثاً فرده فعلى الرواية الاولى له البدل ، وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين ، وقال مالك إن وجد درهما زيفاً فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار ، وإن رد أحد عشر درهما انتقض الصرف في دينارين ، وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وإن اختار واحد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع إبقاء العقد فان اختار أخذ أرض العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف الا على الرواية الاخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها وإما أن يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فيصرف الاطلاق اليه ، ولو قال بعتك ديناراً مصرياً بعشرين درهماً من نقد عشرة بدینار لم يصح الا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدینار الا نوع واحد فتصرف تلك الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرقا بما في ذمتها لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة

به العقد وقبض الثاني بدل عن الاول ، ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد فان لم يأخذه فيه بطل العقد ، وإن وجد البعض رديثاً فرده فعلى الرواية الاولى له البدل وعلى الثانية يبطل في المردود وهل يصح فيما لم يرد على وجهين بناء على تفريق الصفقة ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين وقال مالك ان وجد درهما زيفاً فرضي به جاز وإن رده انتقض الصرف في دينار وإن رد أحد عشر درهماً انتقض في دينارين وكلما زاد على دينار انتقض الصرف في دينار آخر

ولنا أن ما لا عيب فيه لم يرد فلم ينتقض الصرف فيما يقابله كسائر العوض ، وإن اختار واحد العيب الفسخ فعلى قولنا له البدل ليس له الفسخ إذا أبدل له لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب ، وعلى الرواية الاخرى له الفسخ أو الامساك في الجميع لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع إبقاء العقد وإن اختار أخذ أرض العيب بعد التفرق لم يكن له ذلك لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف ويجوز على الرواية الأخرى

(فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة أن يكون العوضان معلومين إما بصفة يتميزان بها أو يكون للبلد نقد معلوم أو غالب فيصرف الاطلاق اليه ، فلو قال بعتك ديناراً مصرياً بعشرين درهماً من نقد عشرة بدینار لم يصح إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة بدینار إلا نوع واحد فتصرف الصفة اليه وكذلك الحكم في البيع

(فصل) وإذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب وللآخر عليه دراهم فاصطرقا بما في ذمتها لم يصح وبهذا قال الليث والشافعي ، وحكى ابن عبد البر عن مالك وأبي حنيفة جوازه لان الذمة الحاضرة كالعين

كالعين الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين . ولنا أنه بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالأجماع ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز وقال أحمد إنما هو أجماع ، وقد روى أبو عبيد في التريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي بالكالي . وفسره بالدين بالدين إلا أن الأثرم روى عن أحمد أنه سئل أصبح في هذا حديث ؟ قال لا . وإنما صح الصرف بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فخرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاء دراهم شيئاً بعد شيء نظرت ، فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح نص عليه أحمد ، وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجوز نص عليه أيضاً لأن الدنانير دين والدراهم صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه لأنها قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي ودیعة في يده ، فإن تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالکها ، ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها إذا قبضها بنية الاستيفاء لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدراها لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد التقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين وذمة في قول أكثر أهل

الحاضرة ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين
ولنا أنه بيع دين بدين وقد قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز ، وقال أحمد إنما هو أجماع وقد روى أبو عبيد في التريب أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالي بالكالي . وفسره بالدين بالدين إلا أن الأثرم روى عن أحمد أنه سئل أصبح هذا الحديث ؟ قال لا . فأما الصرف فأما صح بغير تعيين بشرط أن يتقابضا في المجلس فخرى القبض والتعيين في المجلس مجرى وجوده حالة العقد ، ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاء دراهم شيئاً بعد شيء فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدنانير صح نص عليه ، فإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد فصارفه بها وقت المحاسبة لم يجوز نص عليه لأن الدنانير دين والدراهم قد صارت ديناً فيصير بيع دين بدين ، وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ثم صارفه بعين وذمة صح ، وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ولم يقبضه إياها وقت دفعها إليه ثم أحضرها وقوماها فانه يحتسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه لانه قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي ودیعة في يده ، وإن تلفت أو نقصت فهي من ضمان مالکها ويحتمل أن تكون من ضمان القابض إذا قبضها بنية الاستيفاء لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء ، والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في عقد صحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه ، ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم إدراها لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك ، بل كل واحد منها في ذمة من قبضه ، فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما واصطرفا بعين وذمة

(فصل) ويجوز اقتضاء أحد التقدين من الآخر ويكون صرفاً بعين وذمة في قول الأكثرين ومنع

العلم ومنع منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة ، وروي ذلك عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يخلف . ولنا ما روى أبو داود والاثرم في سننهما عن ابن عمر قال : كنت أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت : يا رسول الله رويدك أسألك ، اني أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم ، وأبيع الدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء » قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا انه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي انه يقضيه مكانها ذهباً على التراضي لانه يبيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه اذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً . ووجه الاول قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » وروي عن ابن عمر ان بكر بن عبدالله المزني ومسروق المجلي سألاه عن كرى لها له عليها دراهم وليس معها إلا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق . ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كما لو قضاء من الجنس والتماثل ههنا من حيث القيمة لتعذر التماثل من حيث الصورة . قيل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتعابون بينهم بالدنانير في الدينار وما أشبهه فقال اذا كان مما يتعابن الناس به فسهل فيه ما لم يكن حيلة ويزاد شيئاً كثيراً

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً فقد توقف أحمد فيه . وقال القاضي بمقتضى وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قول الشافعي لان ما في الذمة لا يستحق قبضه فكان القبض

منه ابن عباس وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن شبرمة، وروي عن ابن مسعود لان القبض شرط وقد يختلف ولنا ان ابن عمر قال : كنت أبيع الابل فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه ، فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك أسألك اني أبيع الابل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه فقال رسول الله ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وليس بينكما شيء » رواه أبو داود والاثرم قال احمد انما يقضيه إياها بالسعر لم يختلفوا إلا ما قال أصحاب الرأي أنه يقضيه مكانها ذهباً على التراضي لانه يبيع في الحال فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس كما لو كان العوض عرضاً

ولنا قول النبي ﷺ « لا بأس أن تأخذها بسعر يومها » فشرط أخذها بالسعر وروي أن بكر بن عبدالله ومسروق المجلي سألا ابن عمر عن كرى لها له عليها دراهم وليس معها إلا دنانير فقال ابن عمر أعطوه بسعر السوق . ولان هذا جرى مجرى القضاء فيقيد بالمثل كالقضاء من الجنس والتماثل ههنا بالقيمة لتعذر التماثل بالصورة ، قيل لأبي عبد الله فان أهل السوق يتعابون بينهم بالدنانير في الدينار وما أشبهه فقال ان كان مما يتعابن الناس به — فسهل فيه ما لم يكن حيلة

(فصل) فان كان المقضي الذي في الذمة مؤجلاً فقد توقف احمد فيه ، وقال القاضي بمقتضى وجهين (أحدهما) المنع وهو قول مالك ومشهور قول الشافعي لان ما في الذمة غير مستحق القبض فكان

ناجز آ في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن (والآخر) الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض فكانه رضي بتعجيل المؤجل . والصحيح الجواز إذا قضاء بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلاً لاجل تأجيل ما في الذمة لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فأشبهه ما لو قضاء من جنس الدين ولم يستفصل النبي ﷺ ابن عمر حين سأله ولو افرق الحال لسأل واستفصل

(فصل) قال أحمد ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع إليه ديناراً فقال استوف حقه منه فاستوفاه بعد يومين جاز ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء حقه من ثمنها فباعها بدراهم لم يحجز أن يأخذ منها قدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم ، ولو باع جارية بدنانير فأخذها دراهم فردت الجارية بعيب أو اقالة لم يكن للمشتري إلا الدنانير لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف . نص أحمد على هذه المسائل

(فصل) إذا كان عليه دين مؤجل فقال لغريمه ضم عني بعضه وأجعل لك بقيته لم يحجز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر والمقداد وسعيد بن المسيب وسالم والحسن وحامد والحكم والشافعي ومالك والثوري وهشيم وابن علية واسحاق وأبو حنيفة ، وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك كلا كما قد أذن بحرب من الله ورسوله ، وروي عن ابن عباس أنه لم يره بأساً وروي ذلك عن النخعي وأبي ثور لأنه أخذ

القبض ناجز آ في أحدهما والناجز يأخذ قسطاً من الثمن (الثاني) الجواز وهو قول أبي حنيفة لأنه ثابت في الذمة وما في الذمة بمنزلة المقبوض فكانه رضي بتعجيل المؤجل ، وهذا هو الصحيح إذا قضاء بسعر يومها ولم يجعل للمقضي فضلاً لاجل تأجيل ما في الذمة لأنه أن لم ينقص عن سعرها شيئاً فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض فأشبهه ما لو قضاء من جنس الدين ، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله ، ولو افرق الحال لسأل واستفصل . هذا اختيار شيخنا

(فصل) قال أحمد ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم فدفع إليه ديناراً أو قال استوف حقه منه فاستوفاه بعد التفرق جاز ، ولو كان عليه دنانير فوكل غريمه في بيع داره واستيفاء دينه من ثمنها فباعها بدراهم لم يحجز أن يأخذ منها بقدر حقه لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه ولأنه متهم نص أحمد على ذلك (فصل) ولو كان له عند رجل دينار وديعة فصارفه به وهو معلوم بقاءه أو مظنون صح الصرف وإن ظن عدمه لم يصح لأن حكمه حكم المدوم ، وإن شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي . ووجه الأول أن الأصل بقاءه فصح البناء عليه عند الشك لأن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان المشكوك في حياته فإن تبين أنه كان تالفاً حين العقد تبين أن العقد وقع باطلاً

(فصل) وإذا عرف المصطرقان وزن العوضين جاز أن يتبايعا بغير وزن ، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدقه فإذا باع ديناراً بديناراً كذلك واقترا فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف لأنهما يتبايعا ذهباً بذهب متفاضلاً ، فإن وجد أحدهما فيها قبضة زيادة على الدينار فإن كان قال بتمك هذا الدينار بهذا فالعقد باطل لوجود التفاضل وإن قال بتمك ديناراً بديناراً ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مشاعاً مضموناً للمالك لأنه قبضة على أنه عوض ولم يفسد العقد لأنه إنما باع

لبعض حقه تارك لبعضه فجاز كما لو كان الدين حالا ، وقال الحرقي لا بأس أن يجعل المسكاتب لسيدته ويضع عنه بعض كتابته ، ولنا أنه يبيع الحلول فلم يحز كما لو زاده الذي له الدين فقال له أعطيك عشرة دراهم وتعمل لي المائة التي عليك ، فأما المسكاتب فإن معاملته مع سيده وهو يبيع بعض ماله ببعض فدخلت المساحة فيه ولأنه سبب العتق فسومح فيه بخلاف غيره

(مسألة) قال (فإن كان العيب دخيلاً عليه من غير جنسه كان الصرف فيه فاسداً)

يعني إذا وجد أحدها ماقبضه مغشوشاً بفش من غير جنسه فينظر فيه فإن كان الصرف عينا بين فهو فاسد لما أسلفناه ، وإن كان بغير عين وعلم ذلك في المجلس فردّه وأخذ بدله فالصرف صحيح لأنه عين المعقود عليه وإن اختلفا قبل رده فالصرف فيه فاسد أيضاً لانهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه وهذا ظاهر كلام الحرقي . وقيل عن أحمد أنه إذا أخذ البديل في مجلس الرد لم يبطل كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يكن مشتري العيب عالماً بعيبه فأما إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ولا خيار له ولا بدل ، وإن كان من غير جنسه وكان الصرف ذهباً بذهب أو فضة بفضة فبطلها فالصرف فيه فاسد لأنه يخل بالتأثيل إلا أن يبيع ذهباً أو فضة مغشوشاً بمثل غشه كبيع ديناراً صورياً بمثله مع علمه بتساوي غشها وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ، وإن باع مغشوشاً بغير مغشوش لم يحز إلا أن يكون للغش قيمة فيخرج على مسألة مدعجوة وإن كان الصرف في جنسين كذهب بفضة أنبنى على اتفاق المغشوشة

ديناراً بمثله وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه ، فإن أراد دفع عرض الزائد جاز سواء كان من جنسه أو من غيره لأنها معاوضة مبتدأة ، وإن أراد أحدها الفسخ فله ذلك لأن أخذ الزائد وجد المبيع مختلطاً بغيره معيبا بعيب الشركة ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه إلا أن يكونا في المجلس فيرد الزائد أو يدفع بدله ، ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير فوفاه عشرة عدداً فوجدها أحد عشر كان هذا الدينار زائداً في يد القابض مشاعاً مضموناً للمالك لأنه قبضه على أنه عوض عما له فكان مضموناً بهذا القبض ولما لم يكن التصرف فيه كيف شاء

(مسألة) (والدراهم والدنانير تعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها ،

وإن خرجت مغصوبة بطل العقد)

وبه قال مالك والشافعي وعن أحمد أنها لا تعين بالعقد فيجوز إبدالها ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة ، وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه يجوز إطلاقها في العقد فلم تعين بالتعيين كالمكيل والصنعة . ولنا أنه عوض في عقد فیتعين بالتعيين كسائر الأعواض ولأنه أحد العوضين فیتعين بالتعيين كالأخر ويفارق ما ذكره فانه ليس بعوض وإنما يراد لتقدير المعقود عليه وتعريف قدره ولا يثبت فيها الملك بحال بخلاف مسئلتنا ، وإنما جاز إطلاقها لأن لها عرفاً تنصرف إليه يقوم في بابها مقام الصفة ، فعلى هذا إن وجدها معيبة خير بين الامساك والرد كالعوض الآخر ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالارش لأنه مبيع أشبه سائر المبيعات ، وإن كان ذلك في الصرف فقد ذكرناه . هذا إن كان العيب من جنس النقود وإن كان من غير جنسها كالنحاس في الفضة والفضة في الذهب وكان في جميعها بطل العقد وإن كان في بعضها بطل فيه ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفة وإن قلنا لا تعين انعكست هذه الأحكام

(فصل) وفي اتفاق المغشوش من النقود روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال اذا كان شيئاً اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها ويبيع فلا يجوز أن يتناع بها أحد، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها، وان كان من مما له قيمة ففي جواز اتفاقها وجهان، واحتج من منع اتفاق المغشوشة بقول النبي ﷺ «من غشنا فليس منا» وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نقاية بيت المال، ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة، والاولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطالح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتباهه على جنسين لا غرر فيها فلا يمنع من بيعها كما لو كانا متميزين، ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير تكبر وفي تحريمه مشقة وضرب وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريباً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التقرير بالمسلمين وقد أشار أحمد الى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها؟ قال يسبكها، قيل له فيبيعها بدنائر؟ قال لا. قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا. قيل فبسلة؟ قال لا، اني أخاف أن يفر بها مسلماً. قيل لا بي عبد الله أيتصدق بها؟ قال اني أخاف أن يفر بها مسلماً وقال ما ينبغي له لانه يفر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يفر بها مسلماً. فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التقرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر نقاية بيت المال لما فيه من التقرير

(فصل) في اتفاق المغشوش من النقود وفيه روايتان أظهرهما الجواز نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المسيبية عامتها نحاس الا شيئاً فيها فضة فقال إذا كان شيئاً اصطالحوا عليه مثل الفلوس اصطالحوا عليها فأرجو أن لا يكون بها بأس (والثانية) التحريم نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ونحاس يشتري بها ويبيع فلا يجوز أن يتناع بها أحد، كل ما وقع عليه اسم الغش فالشراء به والبيع حرام، وقال أصحاب الشافعي ان كان الغش مما لا قيمة له جاز الشراء بها، وان كان مما له قيمة ففي جواز اتفاقها وجهان. واحتج من منع المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم «من غشنا فليس منا» وبأن عمر نهى عن بيع نقاية بيت المال ولان المقصود فيه مجهول أشبه تراب الصاغة، والاولى ان يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص فيما ظهر غشه واصطالح عليه فان المعاملة به جائزة إذ ليس فيه أكثر من اشتباهه على جنسين لا غرر فيهما فلا يمنع من بيعها كما لو كانا متميزين ولان هذا مستفيض في الاعصار جار بينهم من غير تكبر وفي تحريمه مشقة وضرب وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ولا تغريباً لهم والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم بخلاف تراب الصاغة، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ويقع اللبس به فان ذلك يفضي الى التقرير بالمسلمين، وقد أشار أحمد الى هذا فقال في رجل اجتمعت عنده دراهم زيوف ما يصنع بها؟ قال يسبكها. قيل له فيبيعها بدنائر؟ قال لا، قيل يبيعها بفلوس؟ قال لا اني أخاف أن يفر بها مسلماً قيل لا بي عبد الله فيتصدق بها؟ قال: اني أخاف ان يفر بها مسلماً، وقال ما ينبغي له أن يفر بها المسلمين ولا أقول انه حرام لانه على تأويل وذلك انما كرهته لانه يفر بها مسلماً. فقد صرح بأنه انما كرهه لما فيه من التقرير بالمسلمين وعلى هذا يحمل منع عمر بيع نقاية بيت المال لما فيه من التقرير

بالمسلمين فان مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطاح على اتقاه لم يكن نقاية ، فان قيل فقد روي عن عمر أنه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب . وهذا دليل على جواز اتفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها ، قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أي نقيت ليس أنها زيوف فيتعين حمله على هذا جمعا بين الروایتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبأن زيفه بحيث لا يخفى على أحد ولا يحصل بها تقرير وان تعذر تأويلها تعارضت الروایتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ، ولا فرق بين ما كان غشه ذا بقاء وثبات كالرصاص والنحاس وما لا ثبات له كالزرنixe والاندراية وهو زرنix ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب

(مسئلة) قال (ومتي انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما)

الصرف بيع الأتمان بعضها ببعض والقبض في المجلس شرط لصحته بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين اذا افترقا قبل أن يتقابضا ان الصرف فاسد ، والاصل فيه قول النبي ﷺ «الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء» وقوله عليه السلام «بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد» ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناء، ونهى أن يباع غائب منها بناجز ، كلها أحاديث صحاح ، ويجزيه القبض في المجلس وان طال ، ولو تأشيا مصطحين الى منزل أحدهما أو الى الصراف فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا خير في ذلك لانهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض فاشبهه ما لو كانا في سفينة تسير بها أوراكين على دابة واحدة تمشي بهما ، وقد دل على ذلك حديث أبي هريرة الاسلمي للذين مشيا اليه من جانب العسكر وما أراكما افترقا . وان تفرقا قبل التقابض بطل الصرف لقوات شرطه ، وان قبض البعض ثم افترقا بطل فيما لم يقبض وفيما يقابله من العوض وهل يصح في المقبوض على وجهين بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل أحدهما كيلا في القبض فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز وقام قبض وكيله مقام قبضه سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض أو لم يفارقه ، وان افترقا قبل قبض الوكيل بطل لان القبض في المجلس شرط وقدقات ، وان تخابرا قبل القبض في المجلس لم يطل العقد بذلك لانهما لم يفترقا قبل القبض ويحتمل ان يطل اذا قلنا بلزوم

فان مشتريها ربما خلطها بدراهم جيدة واشترى بها ممن لا يعرف حالها ولو كانت مما اصطاحوا على اتقاه لم تكن نقاية ، فان قيل روي عن عمر انه قال من زافت عليه دراهمه فليخرج بها الى البقيع فليشتر بها سحق الثياب ، وهذا دليل على جواز اتفاق المغشوشة التي لم يصطلح عليها قلنا قد قال أحمد معنى زافت عليه دراهمه أي نقيت ليس أنها زيوف ويتعين حمله على هذا جمعا بين الروایتين عنه ويحتمل انه أراد ما ظهر غشه وبأن زيفه بحيث لا يخفى على احد ولا يحصل بها تقرير ، وان تعذر تأويلها تعارضت الروایتان عنه ويرجع الى ما ذكرنا من المعنى ولا فرق بين ما كان غشه يتي كالنحاس والرصاص وما لا ثبات له كالزرنixe والاندراية وهو زرنix ونورة يطلى عليه فضة فاذا دخل النار استهلك الغش وذهب .

المقد وهو مذهب الشافعي لأن المقد لم يبق فيه خيار قبل القبض أشبه ما لو افترقا، والصحيح الأول فان الشرط التقابض في المجلس وقد وجد واشترط التقابض قبل الزوم يحكم بغير دليل ثم يبطل بما إذا تخابرا قبل الصرف ثم اضطرفا فان الصرف يقع لازماً تحييجاً قبل القبض ثم يشترط القبض في المجلس

(فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم وليس معه إلا خمسة دراهم لم يحز أن يتفرقا قبل قبض العشرة كلها فان قبض الخمسة وافترقا بطل الصرف في نصف الدينار وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة؟ على وجهين بناء على تفرق الصفقة، وإن أراد التخلّص فسخا الصرف في النصف الذي ليس معه عوضه أو يفسخا المقد كله ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ويدفعها إليه ثم يأخذ الدينار كله فيكون ما اشتراه منه له وما بقي أمانة في يده ثم يفترقان ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار أو اشترى به منه شيئاً أو جعله سلعة في شيء أو وهبه له جاز وكذلك إن وكله فيه. ولو اشترى فضة بدينار ونصف ودفع إلى البائع دينارين وقال أنت وكيلي في نصف الدينار الزائد صح ولو صارفه عشرة دراهم بدينار فاعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز وإن طال ويكون الزائد أمانة في يده لاشيء عليه في تلفه نص أحمد على أكثر هذه المسائل. فان لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم فاشترى بها نصف دينار وقبض ديناراً كاملاً ودفع إليه الدراهم ثم افترضها منه فاشترى بها النصف الباقي أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء ودفع إليه الخمسة ثم افترضها منه ودفعها إليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة فلا بأس

(فصل) وإذا باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرًا جنبيًا أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدراهم وتقابضاها ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة ولا حيلة فلا بأس به، وقال ابن أبي موسى لا يجوز إلا أن يمضي إلى غيره لينتاع منه فلا يستقيم له فيجوز أن يرجع إلى البائع فينتاع منه، وقال أحمد في رواية الأثرم يبيعها من غيره أحب إلي قلت له قال لم يعلم أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال يبيعها من غيره فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب ولا يحكم الوزن ولا يستقصي يقول هي رجع إليه. قيل لأبي عبد الله فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره (١) فلم يجدوها فرجع إليه؟ فقال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب لا الإيجاب ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا ولهذا قال إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره فنعيم. وقال مالك إن فعل ذلك مرة جاز وإن فعله أكثر من مرة لم يحز لأنه يضارع الربا

(١) كذافي الأصل

ولنا ما روى أبو سعيد قال جاء بلال إلى النبي صلى الله عليه وسلم بتمر برني فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «من أين هذا؟» قال بلال كان عندنا تمر رديء فبعت صاعين بصاع ليطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «أوه عين الربا لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري فبع

(فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لأنه مال ربا يبيع بجنسه على وجه لا تعلم المائلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وإن بيع بغير جنسه، وحكى ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشعبي والشافعي والثوري واسحاق لأنه مجهول، وقال ابن أبي موسى في

التمر بيم آخر ثم اشتر به « وروى ايضا أبو سعيد، وأبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خبير فجاءه تمر جنب ففك « اكل تمر خبير هكذا ؟ » قال لا والله انا لتأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تفعل بع التمر بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيا » متفق عليهما ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه ولو كان ذلك محرما لينه له وعرفه إياه ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط ولا مواطاة فجاز كما لو باعه من غيره ولأن ما جاز من البياعات مرة جاز على الإطلاق كسائر البياعات ، فاما ان توطأ على ذلك لم يحز وكان حيلة محرمة وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ما لم يكن مشروطا في العقد ولنا أنه اذا كان عن مواطاة كان حيلة والحيل محرمة على ما سنده

(فصل) والحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله واستباحة محظوراته أو إسقاط واجب أو دفع حق ونحو ذلك قال أيوب السخيتاني إنهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي فمن ذلك ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ومع الآخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما ماع صاحبه ثم تباريا توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة أو اشترى منه بها أوقية صابون أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته أو اشترى منه بعشرة الاحبة من الصحيح بمثلها من المكسرة ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير وهكذا لو أقرضه شيئا أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي ذلك كله واشباهه جائز إذا لم يكن مشروطا في العقد، وقال بعض أصحاب الشافعي يكره أن يدخل في البيع على ذلك لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخل عليه

الارشاد يجوز وهو قول مالك، وروى ذلك عن الحسن والتخمي وربيعة والليث قالوا فان اختلط واشكل لمبيعه بعرض ولا يبيعه بعين ولا ورق لانه باعه بما لاربا فيه فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم (فصل) والحيل كلها محرمة لا تجوز في شيء من الدين وهو ان يظهر عقدا مباحا يريد به محرما مخادعة وتوسلا الى فعل ما حرم الله عز وجل واستباحة محظوراته او اسقاط واجب او دفع حق ونحو ذلك قال ايوب السخيتاني رحمه الله انهم ليخادعون الله سبحانه كما يخادعون صبيا ، لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان اسهل علي . فمن ذلك ما لو كان لرجل عشرة صحاح ومع آخر خمسة عشر مكسرة فاقترض كل واحد منهما ماع صاحبه ثم تباريا توصلا الى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا او باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ثم وهبه الخمسة الزائدة او اشترى منه بها اوقية صابون ونحوها مما يأخذه بأقل من قيمته او اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح بمثلها من المكسرة واشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته خمسة دنانير ، وهكذا لو أقرضه شيئا وباعه سلعة بأكثر من قيمتها او اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا الى اخذ عوض عن القرض فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرّم وبهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة هذا كله واشباهه جائز ان لم يكن مشروطا في العقد ، وقال بعض اصحاب الشافعي يكره ان يدخل في البيع على ذلك لان كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره ان يدخل عليه

ولنا أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فسخهم قردة وسهام معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم، فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم للحيات يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويحمل إليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه فهذه حيلة، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فليس بقمار» رواه أبو داود وغيره فجعله قمارا مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة المحرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب أن لا يزول التحريم كما لو سمي الحمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «ليست حلن قوم من أهق الحمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر يياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما ساء أجره والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته جائحة

ولنا إن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فسخهم قردة وسهام معتدين وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين ليتعظوا بهم ويمتنعوا من مثل أفعالهم، قال بعض المفسرين في قوله تعالى (وموعظة للمتقين) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم يوم الجمعة ويتركونها إلى يوم الأحد ومنهم من كان يحفر حفائر ويحمل إليها مجاري فيفتحها يوم الجمعة فإذا جاء السمك يوم السبت جرى مع الماء في المجاري فيقع في الحفائر فيدعها إلى يوم الأحد ثم يأخذها ويقول ما اصطدت يوم السبت ولا اعتديت فيه وهذا حيلة، وقال النبي ﷺ «من أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود فجعله قماراً مع ادخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً أو مأخوذاً منه وإنما دخل صورة تحيلاً على إباحة محرم وسائر الحيل مثل ذلك، ولأن الله تعالى إنما حرم المحرمات لمفسدتها والضرر الحاصل منها ولا تزول مفسدتها مع بقاء معناها باظهارها صورة غير صورتها فوجب أن لا يزول التحريم كما لو سمي الحمر بغير اسمها لم يبح ذلك شربها، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «ليست حلن قوم من أهق الحمر يسمونها بغير اسمها» ومن الحيل في غير الربا أنهم يتوصلون إلى بيع المنهي عنه بأن يستأجروا يياض أرض البستان بأمثال أجرته ثم يساقه على ثمر شجره بجزء من ألف جزء للمالك وتسعمائة وتسعة وتسعون للعامل ولا يأخذ منه المالك شيئاً ولا يريد ذلك، وإنما قصده بيع الثمرة قبل وجودها بما ساء أجره والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك وربما لا ينتفع بالأرض التي سمي الاجرة في مقابلتها ومتى لم يخرج الثمر أو أصابته

جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ورب الارض يعلم ذلك (فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسرة لم يحز أن يعطيه صحيحاً أقل منها . قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل بينهما، ولو اشترى بصحيح لم يحز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك فإن تقاسخا البيع ثم عقدا بالصحيح أو بالمكسرة جاز، ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضاً فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرقهما فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ، ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا (فصل) إذا كان له عند رجل دينار ودیمة فصارفه به وهو معلوم بقاؤه أو مظنون صح الصرف وإن ظن أنه غير موجود لم يصح الصرف لأن حكمة حكم المدوم ، وإن شك فيه فقال ابن عقيل يصح وهو قول بعض الشافعية ، وقال القاضي لا يصح لأنه غير معلوم البقاء وهو منصوص الشافعي ، ووجه الاول أن الاصل بقاؤه فصح البناء عليه عند الشك فإن الشك لا يزيل اليقين ، ولذلك صح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته فإن تبين أنه كان تالفاً حين العقد تبين أن العقد وقم باطلاً (فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه لأنه مال ربا يبيع بجنسه على وجه لاتعلم المائلة بينهما فلم يصح كبيع الصبرة بالصبرة وإن يبيع بغير جنسه فحكي ابن المنذر عن أحمد كراهة بيع تراب المعادن وهو قول عطاء والشافعي والشعبي والثوري والاوزاعي واسحاق لأنه مجهول وقال ابن أبي موسى في الارشاد يجوز ذلك وهو قول مالك وروي ذلك عن الحسن والنخعي وربيعة والليث قالوا فإن اختلط أو اشكل فليعه بعرض ولا يبعه بعين ولا ورق لأنه باعه بمالا ربا فيه حجاز كما لو اشترى ثوباً بدینار ودرهم

« مسألة » قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله ﷺ هو أن يوهب للانسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق فيبيعها بخرصها من الثمر لمن يأكلها رطباً)

في هذه المسئلة فصول خمسة (أولها) في إباحة بيع العرايا في الجملة وهو قول أكثر أهل العلم

جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ورب الارض يعلم ذلك (فصل) وإن اشترى شيئاً بمكسرة لم يحز أن يعطيه صحيحاً أقل منها ، قال أحمد هذا هو الربا المحض وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها فيحصل التفاضل، ولو اشترى بصحيح لم يحز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ، فإن تقاسخا البيع ثم عقدا بالصحيح أو بالمكسرة جاز ، ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق ، فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف لزمه نصف شق أيضاً فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني لأنه تضمن اشتراط زيادة ثمن العقد الاول ، وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الاول بطل أيضاً لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد لزومه لم يؤثر ذلك فيه ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا

منهم مالك وأهل المدينة والاوزاعي وأهل الشام والشافعي واسحاق وابن المنذر، وقال أبو حنيفة لا يحل بيعها لأن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة والمزابنة يسم الثمر بالتمر متفق عليه. ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما فلم يحز كما لو كان على وجه الأرض أو فيما زاد على خمسة أوسق. ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في العرايا في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق متفق عليه ورواه زيد بن ثابت وسهل بن أبي حنيفة وغيرهما وخرجه أئمة الحديث في كتبهم وحديثهم في سياقه إلا العرايا كذلك في المتفق عليه وهذه زيادة يجب الأخذ بها ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه جمعا بين الحديثين وعملا بكلا التصني. وقال ابن المنذر: الذي نهى عن المزابنة هو الذي أُرخص في العرايا وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى والقياس لا يصار إليه مع النص مع أن الحديث أنه أُرخص في العرايا والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال

(الفصل الثاني) أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف نعلمه، وتجوز فيها دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها، فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله، وبه قال ابن المنذر والشافعي في أحد قوليه، وقال مالك والشافعي في قول يجوز ورواه إسماعيل بن سعيد عن أحمد لأن في حديث زيد وسهل أنه رخص في العربية مطلقا ثم استثنى ما زاد على الخمسة في حديث أبي هريرة وشك في الخمسة فاستثنى اليقين وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة، والمزابنة يسم الرطب بالتمر. ثم أُرخص في العربية فيها دون خمسة أوسق وشك في الخمسة فيبقى على العموم في التحريم ولأن العربية رخصة بنيت على خلاف النص والقياس يقينا فيما دون الخمسة، والخمسة مشكوك فيها فلا تثبت لإباحتها مع الشك، وروى ابن المنذر بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العربية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر وروى مسلم عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العربية النخلة والتخلتين ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها ولأنها قدر تجب الزكاة فيه فلم يحز بيعه عربية كالزائد عليها، فأما قولهم أُرخص في العربية مطلقا فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ولا متأخرة عنها بل الرخصة واحدة رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة فيجب حمل المطلق على المقيد ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقا

(فصل) ولا تجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة سواء اشتراها من واحد أو من جماعة، وقال الشافعي يجوز للإنسان بيع جميع تمر حائطه عرايا من رجل واحد ومن رجال في عقود متكررة لعموم حديث زيد وسهل ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر كسائر البيوع. ولنا عموم النهي عن المزابنة استثنى منه العربية فيما دون خمسة أوسق فما زاد يبقى على العموم في التحريم ولأن

(مسئلة) (ويحرم الربا بين المسلم والحربي)

وبين المسلمين في دار الحرب كما يحرم بين المسلمين في دار الإسلام وبذلك قال مالك والاوزاعي

مالا يجوز عليه العقد مرة اذا كان نوعا واحداً لا يجوز في عقدين كالذي على وجه الارض وكالجمع بين الاثنين ، فأما حديث سهل فانه مقيد بالنخلة والتخلتين بدليل ماروينا فيدل على تحريم الزيادة عليها ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد فاما ان باع رجل عريتين من رجلين فيها أكثر من خمسة أوسق جاز وقال أبو بكر والقاضي لا يجوز لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن المذهب في التجويز حاجة المشتري بدليل ماروى محمود بن لبيد قال قلت لزيد بن ثابت ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يتنازعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يتناعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً ، وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الارفاق اذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين فتسقط الرخصة . فان قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني وإن اشترى عريتين أو باعها وفيها أقل من خمسة أوسق جاز وحجها واحدا (الفصل الثالث) أنه لا يشترط في بيع العرية أن تكون موهوبة لبائعيها هذا ظاهر كلام أصحابنا وبه قال الشافعي وظاهر قول الحنفي أنه شرط ، وقد روى الاثرم قال : سمعت أحمد سئل عن تفسير العرايا فقال العرايا أن يعري الرجل الجار أو القرابة للحاجة أو المسكنة فلم يعرى أن يبيعها ممن شاء ، وقال مالك : يبيع العرايا الجائر هو أن يعري الرجل الرجل نخلات من حائطه ثم يكره صاحب الحائط دخول الرجل المعري لانه ربما كان مع اهله في الحائط فيؤذيه دخول صاحبه عليه فيجوز ان يشتريها منه واحتجوا بان العرية في اللغة هبة ثمرة النخل عاما قال أبو عبيد : الاعراء ان يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك قال الشاعر الا نصاري يصف النخل

ليست بسهاء ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوانح

يقول انا نعريها الناس ، فمعين صرف اللفظ الى موضوعه لغة ومقتضاه في العرية ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك . ولنا حديث زيد بن ثابت وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب ولانه لو كان لحاجة الواهب لما احتص بخمسة أوسق لعدم اختصاص الحاجة بها ولم يعجز بيعها بالتمر لان الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخل الكثير يعريه الناس انه لا يعجز عن اداء ثمن العرية وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبة لبائعيها لان علة الرخصة حاجة المشتري إلى اكل الرطب ولا ثمن معه سوى التمر فتبي ذلك جاز البيع ، ولان اشتراط كونها موهوبة مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رطباً ولا ثمن معه يفضي إلى سقوط الرخصة إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولان ما جاز بيعه اذا كان موهوباً جاز وإن لم يكن موهوباً كسائر الاموال وما جاز بيعه لو اهبه جاز لغيره كسائر الاموال وانما سمي عرية لتعريه عن غيره وافراده بالبيع

(الفصل الرابع) انه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر لا أقل منه ولا أكثر ويجب أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل ولا يجوز جزا فلا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً لما روى

وأبو يوسف والشافعي واسحاق ، وقال أبو حنيفة لا يجري الربا بين مسلم وحرابي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلموا في دار الحرب لاربا بينها لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لاربا بين

زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا متفق عليه . ولمسلم أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أهلها وطبأ ، ولأن الأصل اعتبار الكيل من الطرفين سقط في أحدهما للتعذر فيجب في الآخر بقضية الأصل ، ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الضرر وفي تركه من أحدهما يقلل الضرر ولا يلزم من صحته مع قلة الضرر صحته مع كثرتة ، ومعنى خرصها بمثلها من التمر أن يطيف الخارص بالعرية فينظر كم يحجيء منها تمرأ فيشتريها المشتري بمثلها تمرأ وبهذا قال الشافعي ونقل حنبل عن أحمد أنه قال بخرصها وطبأ ويعطي تمرأ رخصة وهذا يحتمل الأول ، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها لانه يبيع اشترطت المائلة فيه فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع ، ولأن الأصل اعتبار المائلة في الحال وأن لا يباع الرطب بالتمر خوفاً الأصل في بيع الرطب بالتمر فيبقى فيما عداه على قضية الدليل ، وقال القاضي الأول أصح لانه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمرأ ولأن المائلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار وبيع الرطب بمثله تمرأ يفضي إلى فوات ذلك ، فأما أن اشتراها بخرصها رطبأ لم يحجز وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي (وإثاني) يجوز (والثالث) لا يجوز مع اتفاق النوع ويجوز مع اختلافه . ووجه جوازهما روى الجوزجاني عن أبي صالح عن الليث عن ابن شهاب عن سالم عن ابن عمر عن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو التمر ولم يرخص في غير ذلك ولانه اذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال فلان يجوز مع عدم ذلك أولى

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ ، وعن سهل بن أبي حنمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر وقال «ذلك الربا تلك المزانية» إلا أنه رخص في العرية النخلة والنخلتين بأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يأكلونها رطباً ولانه مبيع يجب فيه مثله تمرأ فلم يحجز ببيع مثله رطباً كالتمر الخفاف ، ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الأحاديث تبينه وتزيل الشك (فصل) ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يبيع تمر بتمر فاعتبر فيه شروطه إلا ما استثناء الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا والقبض في كل واحد منهما على حسبه في التمر كتياله أو نقله وفي النخلة التخلية ، وليس من شروط حضور التمر عند التخليل بل لو تباعا بعد معرفة التمر والتمر ثم مضيا جميعا إلى النخلة فسلما إلى مشتريهما ثم مشيا إلى التمر فتسلما من مشتريهما أو تسلما التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعا فسلما إلى مشتريهما أو سلم النخلة ثم مضيا إلى التمر فتسلما جاز لأن التفرق لا يحصل قبل القبض . اذا ثبت هذا فإن بيع العرية يقع على وجهين (أحدهما) أن يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر ويصفه (والثاني) أن يكيل من التمر بقدر خرصها ثم يقول بعتك هذا بهذا أو يقول بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ونحو هذا وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه ، وإن باعه بموصوف فقبضه باكتياله

المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب» لأن أموالهم مباحة وإنما حظرها الأمان في دار الإسلام فلما لم يكن كذلك كان مباحا . ولنا قول الله تعالى (وحرم الربا - الذين يأكلون الربا لا يقومون الا كما يقوم

(الفصل الخامس) انه لا يجوز بيعها إلا لاحتاج إلى أكلها رطباً ولا يجوز بيعها لغني وهذا أحد قولي الشافعي وأباحها في القول الآخر مطلقاً لكل أحد لان كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني كسائر البياعات ، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان . ولنا حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد : ما عراياكم هذه ؟ فسمى رجالاً محتاجين من الانصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً ومتى خواف الاصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط ، ولأن ما أبيع للحاجة لم يبيع مع عدمها كالزكاة للمساكين والرخص في السفر ، فملى هذا متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به العربية لم يجز له شراؤها بالتمر وسواء باعها لواهبها تحرراً من دخول صاحب العربية حائطه كذهب مالك أو لغيره فإنه لا يجوز ، وقال ابن عقيل يباح ويحتمله كلام أحمد لان الحاجة وجدت من الجانبين فجاز كما لو كان المشتري محتاجاً إلى أكلها . ولنا حديث زيد الذي ذكرناه والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه ولان في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطباً » ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك ، فيشترط اذا في بيع العربية شروط خمسة أن يكون فيما دون خمسة أوسق ، ويبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل الفرق ، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر ، واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً وهو حاجة البائع إلى البيع ، واشترط الحرقى كونها موهوبة لبائعها ، واشترط أصحابنا لبقاء العقد أن يأكلها أهلها رطباً فان تركها حتى تصير تمراً بطل العقد وسنذكر ذلك ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (فان تركه المشتري حتى يثمر بطل العقد)

يعني ان لم يأخذها المشتري رطباً بطل العقد خلافاً للشافعي في قوله لا يبطل ، وعن أحمد مثله لان كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العربية . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها أهلها رطباً » ولان شراؤها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب فاذا أثمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد ثم لافرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها أو تركها لغنى عنده أو لغيره عذر للخبر ، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأثمرت أو شمسها حتى صارت تمراً جاز لانه قد أخذها ، ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن اشتري ثمرة قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها لا يبطل البيع فيخرج ههنا مثله فان أخذ بعضها رطباً وترك باقيها حتى أثمر فهل يبطل البيع في الباقي على وجهين

(فصل) ولا يجوز بيع العربية في غير النخيل وهو اختيار ابن حامد وقول الليث بن سعد الا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا فيجوز بيع رطبها بيا بسها لعدم جريان الربا فيها ، ويحتمل أن

الذي يتخبطه الشيطان من المس) وقوله تعالى (اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا) وعموم الاخبار يقتضي تحريم التفاضل ، وقوله « من زاد أو ازداد فقد أربى » عام ولان ما كان محرماً في دار الاسلام كان محرماً في دار الحرب كالربا بين المسلمين وخبرهم مرسل لا تعرف صحته (١) ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك ولا يجوز ترك ما ورد بتحريمه القرآن وتظاهرت به السنة بخبر مجهول ولم يرو في صحيح ولا

(المغني والشرح الكبير)

(٢٤)

(الجزء الرابع)

الربح للمسلم

(١) استدلو

أيضاً بأن ما لم يباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم حل وأما المستأمن منهم بدارنا فإنه محرم بمقدار الأمان لان أخذه غدر محرم وفي فتح القدير اشتراط أن يكون

يجوز في العنب والرطب دون غيرها وهو قول الشافعي لان العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيها، وجواز خرصها وتوسيقها وكثرة تبيسها واقتياتها في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبها، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله ولا يجوز في غيرها لاختلافهما في أكثر هذه الماني فانه لا يمكن خرصها لفرقها في الاغصان واستارها بالأوراق ولا يقتات يابسها فلا يحتاج الى الشراء به وقال القاضي يجوز في سائر الثمار وهو قول مالك والاوزاعي قياسا على ثمرة النخل. ولنا ما روى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابة الثمر بالتمر إلا اصحاب الغرايا فانه قد أذن لهم وعن بيع العنب بالزبيب وكل ثمرة بخرصها، وهذا حديث حسن وهذا يدل على تخصيص العربة بالتمر، وعن زيد بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه رخص بعد ذلك في بيع العربة بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك، وعن ابن عمر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابة، والمزابة بيع تمر النخل بالتمر كيلا وبيع العنب بالزبيب كيلا وعن كل تمر بخرصه، ولان الاصل يقتضي تحريم بيع العربة، وانما جازت في ثمرة النخل رخصة، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين (أحدهما) ان غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها وسهولة خرصها وكون الرخصة في الاصل لاهل المدينة وانما كانت حاجتهم الى الرطب دون غيره (الثاني) أن القياس لا يعمل به اذا خالف لصا وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة، وانما يجوز تخصيص بالقياس على الحل المخصوص ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيص بقياس عليه وكذلك سائر الثمار والله أعلم

باب بيع الاصول والثمار

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلا مؤبرا وهو ما قد تشقق طاعه فالثمرة للبائع متروكة في النخل الى الجراز الا أن يشترطها المبتاع)
أصل الابار عند أهل العلم التلقيح قال ابن عبد البر الا انه لا يكون حتى يتشقق الطلع وتظهر

مسند ولا كتاب موثوق به وما ذكره من الاباحة منتقض بالحربي اذا دخل دار الاسلام فان ماله مباح إلا ما حظره الامان

﴿باب بيع الاصول والثمار﴾

ومن باع داراً تناول البيع أرضها وبناءها وما يتصل بها لمصلحتها كاسلاليم والرفوف المسمرة والابواب المنصوبة والخواوي المدفونة والرحى المنصوبة وأشياء ذلك لانه متصل بها لمصلحتها أشبه حيطانها (مسئلة) (ولا يدخل ما هو مودع فيها من الكنز والاحجار المدفونة)
لان ذلك مودع فيها للتقل عنها فأشبه القرش والستور، ولا يدخل ما هو منفصل عنها لا يختص بمصلحتها كالجلل والدلو والبكرة والغفل والقرش، وكذلك الرفوف الموضوعة على الاوتاد بغير تسمير

الثمرة فغيره عن ظهور الثمرة للزومه منه والحكم متملق بالظهور دون نفس التلقيح بغير اختلاف بين العلماء يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم

ولا غرز في الحائط ، وحجر الرحي إن لم يكن منصوبا والخوابي الموضوعة من غير أن بطين عليها لأنه منفصل عنها لا تختص بمصالحها أشبه الثياب والطعام

(مسئلة) (فأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمفتاح وحجر الرحا فوقاني إذا كان السفلائي منصوبا فقيه وجهان) (أحدهما) يدخل في البيع لأنه لمصالحها فأشبهه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لأنه منفصل عنها فأشبهه القفل والدلو ونحو ذلك وهذا مذهب الشافعي

(مسئلة) وما كان في الأرض من الحجارة المحلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المهدامة فهو للمشتري لأنه من أجزائها فهو كترابها)

والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، وإذا كان المشتري طالما بذلك فلا خيار له وإن لم يعلم وكان يضر بالأرض وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب حكمه حكم سائر العيوب فإن كانت الحجارة والآجر مودعا فيها فهو للبائع كالكبر ويلزمه نقلها وتسوية الأرض وإصلاح الحفر لأنه ضرر لحق لا يستصلاح ملكه فكان عليه إزائته وإن كان قلعها يضر بالأرض أو تتناول مدته فهو عيب ، وإن لم يكن في نقلها ضرر وكان يمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فليس بعيب وله مطالبة البائع لأنه لا عرف في تبقيتها بخلاف الزرع ، ومتى كان طالما بالحال فلا أجر له في الزمان الذي نقلت فيه لأنه علم بذلك ورضي به فهو كما لو اشترى أرضا فيها زرع ، وإن لم يعلم فاجتار أمساك المبيع فهل له أجره زمان النقل على وجهين (أحدهما) له ذلك لأن المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالأجر (والثاني) لا يجب لأنه لما رضي بأمساك المبيع رضي بتلف المنفعة في زمان النقل ، فإن لم يختار الأمساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان علم لا ضرر في بقاءه لم يكن له خيار لزوال الضرر عنه

(فصل) فإن كان في الأرض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة ونحوهما دخلت في البيع وملكك الملك الأرض التي هي فيها لأنها من أجزائها فهي كأحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ، ويجوز بيعها بغير جنسها وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم به البائع فله الخيار لأنه زيادة لم يعلم بها فأشبه ما لو باعه ثوبا على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ، هذا إذا كان قد ملك الأرض باحياه أو إقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضا فظهر فيها معدن فقالوا أما بنا الأرض ولم نبع المعدن وأتوا عمر بالكتاب الذي فيه قطعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم فأخذه فقبله ورد عليهم المعدن. وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يثبت له خيار لأن الحق لغيره وهو المالك الأول ، واحتمل أن يثبت له الخيار كما لو اشترى معيانا ثم باعه ولم يعلم عيبه فإنه يستحق الرد وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه ، وروى أبو طالب عن أحمد إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خيارا لأنه من أجزاء الأرض فأشبه ما لو ظهر فيها حجارة ولها قيمة كبيرة

(فصل) فإن كان فيها بئر أو عين مستتبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة للمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك في أصح الروايتين ، ولا صحاب الشافعي وجهان كما للروايتين وفي معنى الماء المعادن

« خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف وأبرت النخلة آبرها أبراً وإبار أو أبرتها تأبيراً وتأبرت النخلة واثبرت ، ومنه قول الشاعر : * تأبري ياخيرة الفسيل *

الجارية في الاملاك كالقار والنفط والموميا والملح وكذلك ما ينبت في الارض من الكلال والشوك ففي هذا كله روايتان ، فان قلنا هي مملوكة دخلت في البيع لمالا لم تدخل

(مسئلة) (وان باع أرضاً بحقوقها دخل غراسها وبنائها في البيع وان لم يقل بحقوقها فعلى وجهين) إذا باع أرضاً بحقوقها أو رهنها دخل في ذلك غراسها وبنائها ، وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغرس والبناء فيها على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن واختلاف أصحابه في ذلك فمنهم من قال فيها جميعاً قولان ، ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى يستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن ووجه دخولهما في البيع أنهما من حقوق الارض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والوجه الثاني) لا يدخلان لأنهما ليسا من الارض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ومن نصر الاول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجرة والبناء فان قال بعتك هذا البستان دخل فيه الشجر لانه اسم للارض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الارض المكشوفة بستاناً ويدخل فيه البناء ذكره ابن عقيل لان ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ، ويحتمل أن لا يدخل . لان اسم البستان لا يفترق اليه ، فأما ان باعه شجراً لم تدخل الارض في البيع . ذكره أبو اسحاق ابن شافلا لان الاسم لا يتناولها ولا هي تبع للمبيع

(فصل) وإن قال بعتك هذه القرية وكان في اللفظ قرينة تدل على دخول أرضها من مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل عن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لان الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرينة صارفة اليه ودالة عليه فأشبه ما لو صرح به وان لم يكن قرينة تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنيانها فحكمه حكم الغراس في الارض إن قال بحقوقها دخل وان لم يقله فعلى وجهين

(مسئلة) (وان كان فيها زرع يحجز مرة بعد أخرى كالرطبة والبقول أو تكرر ثمرته كالقثاء والبادنجان فالاصول للمشتري والجزء الظاهرة للبائع)

سواء كان مما يبقى سنة كالحندبا أو أكثر كالرطبة ، وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك المشتري ، وكذلك إن كان مما تكرر ثمرته كالقثاء والبطيخ والبادنجان فالاصول للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لأن ذلك مما تكرر الثمرة فيه أشبه الشجر ، وان كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والزرجس فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض لبقاء فيها فهو كالرطبة ، وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، فأما زهرته فان تقطعت فهي للبائع ومالم تقطع للمشتري ، واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع إن قال بعتك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وإلا ففيه وجهان كالشجر

وفسير الحرق المؤبر بما قد تشقق طلعه لتعلق الحكم بذلك دون نفس التأبير . قال القاضي :
وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو التأبير المراد منها وفي هذه
المسئلة فصول ثلاثة

(فصل) وإذا اشترى أرضاً وفيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطبة والبقول التي تجز مرة
بعد أخرى فهو للمشتري لأنه يترك في الأرض للتبعية فهو كأصول الشجر ولأنه لو كان ظاهراً كان له
فالمستتر أولى وسواء علق له عروق في الأرض أولاً ، وإن كان بذراً لما يستحقه البائع كالشعير فهو
له إلا أن يشترطه المتابع فيكون له ، وقال الشافعي يبطل البيع لأن البذر مجهول وهو مقصود
ولنا أن البذر يدخل تبعاً فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً واشترط ماله ولا أنه يجوز في التسامح
من الغرر مالا يجوز في الأصل كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والحمل مع الام ولا تضر جهلته ،
ولا يجوز مفرداً فإن لم يعلم المشتري ذلك فله فسخ البيع وامضاؤه لأنه يفوت عليه منفعة الأرض مدة
فإن تركه البائع للمشتري أو قال أنا أحوله وأمكن ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الأرض فلا خيار
للمشتري لأنه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لأن فيه تصحيح العقد وهذا مذهب
الشافعي ، وكذلك إن اشترى نخلاً فيها طلع فبان مؤبراً فله الخيار لأنه يفوت على المشتري ثمرة عامه
فإن تركها البائع فلا خيار له ، وإن قال أنا أقطعها إلا أن لم يسقط خياره لأن ثمرة العام تقوت وإن قطعها
وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع أو شجراً فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل يظن أن الزرع والثمر له
فله الخيار كما لو جهل وجوده لأنه إنما رضي ببذل ماله عوضاً عن الأرض والشجر بما فيهما فإذا بان بخلافه
ثبت له الخيار كمن اشترى معبياً يظنه صحيحاً ، فإن اختلفا في ذلك فالقول قول المشتري إذا كان مثله
يجهل ذلك كالعامي ، وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله

(مسألة) (وإن كان فيها زرع لا يحصد إلا مرة كالبز والشعير فهو للبائع مبقى إلى الحصاد إلا
أن يشترط المتابع)

إذا كان في الأرض زرع لا يحصد إلا مرة كالبر والقطاني وما المقصود منه مستر كالجزر
وأنفجل والثوم وأشباه ذلك فاشترطه المشتري فهو له قصيلاً كان أو ذاحب مستراً أو ظاهراً معلوماً
أو مجهولاً لكونه دخل في البيع تبعاً للأرض فلم يضر جهله وعدم كماله كما لو اشترى شجرة فاشترط
ثمرتها بعد تأبيرها ، وإن أطلق البيع فهو للبائع لأنه مودع في الأرض فهو كالكنز والقماش وهذا قول
أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً . إذا ثبت ذلك فإنه يكون للبائع مبقى في الأرض إلى الحصاد
بغير أجره لأن المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وإن كان بقاءه أنفع له
على ما نذكر في الثمرة وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة ، وسنذكر
ذلك ، وهكذا الحكم في القصب الفارسي لأن له وقتاً يقطع فيه إلا أن العروق للمشتري لأنها تترك
في الأرض للبقاء فيها والقصب كالثمرة وإن لم يكن ظهر من القصب شيء فهو للمشتري : فأما قصب
السكر فهو كالزراع ، ويحتمل أن يكون كالقصب الفارسي لأنه يؤخذ سنة بعد سنة ، فإن حصده قبل أو أن
الحصاد لينفع بالأرض في غيره لم يملك الاتفاع بها لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد
ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجر ، وكما لو كان البيع طعماً لا ينقل مثله عادة إلا في

(الاول) ان البيع متى وقع على نخل مشمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالاصل اتصال خلقه فكانت تابعة له كالأغصان، وقال أبو حنيفة والأوزاعي هي للبائع في الحالين لأن هذا نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع كالزروع في الأرض . ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري والا لم يكن حداً ولا كان ذكر التأبير مفيداً ، ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع له بعد ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية والزروع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها

شهر لم يكلف إلا ذلك فإن تكلف نقله في أقل من شهر لينتفع بالدار في غيره لم يجز كذا ههنا ، ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضربها الأرض فعلى البائع إزالتها ، وإب تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها لأنه استصلاح للملك فهو كما لو باع داراً فيها خاية كبيرة لا تخرج إلا بهدم الباب فهدمه كان عليه الضمان وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك آخر من غير إذن الأول ولا فمل صدر عنه النقص واسند إليه كان الضمان على مدخل النقص

(فصل) قال رحمه الله (ومن باع نخلاً مؤبراً وهو ما تشق طلعها فالثمر للبائع متروكاً في رد وس النخل إلى الجزاء إلا أن يشترطه المبتاع)

الابار التلقيح قاله ابن عبد البر إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع فعبر به عن ظهور الثمرة للزومه منه يقال أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد فهي مؤبرة ومأبورة ومنه قوله عليه السلام « خير المال سكة مأبورة » والسكة النخل المصفوف والحكم متعلق بالظهور دون نفس التلقيح ولذلك فسر ههنا به قال القاضي وقد يتشقق الطلع بنفسه وقد يشقه الصعاد فيظهر وأيهما كان فهو المراد هنا وهذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى ابن أبي موسى رواية عن أحمد أنه إذا انشق طلعها ولم يؤبر أنه للبائع لظاهر الحديث والمشهور الأول . وهذه المسئلة تشتمل على فصول (أحدها) أن البيع متى وقع على نخل مشمر ولم يشترط الثمرة وكانت الثمرة مؤبرة فهي للبائع ، وإن كانت غير مؤبرة فهي للمشتري وبهذا قال مالك والليث والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى هي للمشتري في الحالين لأنها متصلة بالاصل اتصال خلقه فكانت تابعة له كالأغصان ، وقال أبو حنيفة والأوزاعي هي للبائع لأنه نماء له حد فلم يتبع أصله كالزروع في الأرض

ولنا قول النبي ﷺ « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي بمفهومه لأنه جعل التأبير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري والا لم يكن حداً ولا كان التأبير مفيداً ، ولأنه نماء كامن لظهوره غاية فيكون تابعا لأصله قبل ظهوره كالحمل في الحيوان ، فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل وليس لانفصالها غاية ، والزروع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع فيه والمشتري سواء وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأخير جاز لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، وإن اشترطها البائع قبل التأخير لم يجز لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائها لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها ولنا أنه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كإلو باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها ولأن النبي ﷺ نهى عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمره كالمشتري وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه وبقوله عليه السلام «إلا أن يشترطها المتنازع» ولو اشترط أحدهما جزءاً من الثمرة معلوماً كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء وقول أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط بعضها لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها. ولنا أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أن الجواز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفرغ النخل فيها لأنه مبيع مشغول بملك البائع فلزم نقله وتفرغه كما لو باع داراً فيها طعام أو قماش له. ولنا أن النقل والتفرغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهراً شيئاً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أو أن تفرغها وهو أو أن جزاها وقياسه حجة لنا لما بيناه، إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإذا كان المبيع نخلاً فحين تنتهي حلاوة ثمره إلا أن يكون مما يسره خير من

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة البائع والمشتري سواء، وقال مالك إن اشترطها المشتري بعد التأخير جاز لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها وإن اشترطها البائع قبل التأخير لم يجز لأن ذلك بمنزلة شرائها لها قبل بدو صلاحها بشرط التبقية. ولنا أنه استثنى بعض ماوقع عليه العقد وهو معلوم فصح كإلو باع حائطاً واستثنى نخلة بعينها ولأن أحد المتبايعين فصح اشتراطه للثمره كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه، ولو اشترط جزءاً من الثمرة معلوماً كان كاشتراط جميعها في الجواز في قول الجمهور، وقال ابن القاسم من أصحاب مالك لا يجوز اشتراط بعضها لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها. ولنا أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه كمدة الخيار وهكذا الحكم في مال العبد إذا اشترط بعضه

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أن الجواز سواء استحقها بشرطه أو بظهورها وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة يلزمه قطعها وتفرغ النخل منها لأنه مبيع مشغول بملك البائع فلزم نقله وتفرغه كما لو باع داراً فيها طعام له أو قماش ولنا أن النقل والتفرغ للمبيع على حسب العرف والعادة كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك وهو أن ينقله نهراً شيئاً بعد شيء ولا يلزمه النقل ليلاً ولا جمع دواب البلد لنقله كذلك ههنا تفرغ النخل من الثمرة في أو أن تفرغها وذلك أو أن جزاها، وقياسه حجة لنا لما بيناه، إذا تقرر هذا فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة فإن كان المبيع نخلاً فحين تنتهي حلاوة ثمره، وإن كان مما يسره خير من رطبه أو ما جرت العادة بأخذه بשרاً فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بשרه لأن هذا

وطبه أو ما جرت العادة بأخذه بسرّاً فإنه يحجزه حين تستحكم حلاوة بسرّه لان هذا هو العادة، فإذا استحكمت حلاوته فعليه نقله وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى فعليه النقل لان العادة في النقل قد حصلت وليس له إبقاؤه بعد ذلك، وان كان المبيع عنباً أو فاكهة سواء فأخذه حين يتناهى إدراكه ونستحكم حلاوته ويحجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فإن أبر بمضه دون بعض فالنصوص عن أحمد أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمشتري وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة فإن صريحه أن ما أبر للبائع ومفهومه أن ما لم يؤبر للمشتري وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الايدي في البستان فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، ولان البستان إذا بدأ صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع كذا هنا، وهذا من النوع الواحد لان الظاهر أن النوع الواحد يتقارب ويتلاحق فاما ان أبر لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد. ولنا أن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما من الآخر ولا يئخشي اختلاطهما واشتباهما فاشبهما الجنسین وما ذكره يبطل بالجنسين، ولا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لانه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره، وخرج القاضي وجهاً في أنه يتبع

هو العادة فإذا استحكمت حلاوته فعليه قطعه، وان قيل بقاؤه في شجره خير له وأبقى لم يمنع وجوب القطع لأن العادة في ذلك قد وجدت فليس له إبقاؤه بعد ذلك وان كان المبيع عنباً أو فاكهة سواء فأخذه حين يتناهى إدراكه ويحجز مثله وهذا قول مالك والشافعي

(فصل) فإن أبر بمضه دون بعض فما أبر للبائع وما يؤبر للمشتري نص عليه أحمد واختاره أبو بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسئلة، وقال ابن حامد الكل للبائع وهو مذهب الشافعي لانا إذا لم نجعل الكل للبائع أدى إلى الاضرار باشتراك الايدي فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعاً لما أبر كثمر النخلة الواحدة إذا أبر بعضها فان الجميع للبائع بالاتفاق، وقد يتبع الباطن الظاهر منه كأساسات الحيطان تتبع الظاهر منه، وهذا الخلاف في النوع الواحد لأن الظاهر أنه يتقارب ويتلاحق فيختلطه، فأما إن أبر نوع لم يتبعه النوع الآخر ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي كما في النوع الواحد، والاشبه الفرق بين النوعين والنوع لأن النوعين يتباعدان ويتميز أحدهما عن الآخر ولا يئخشي اختلاطهما أشبهما الجنسین وما ذكره يبطل بالجنسين، لا يصح القياس على النوع الواحد لافتراقهما فيما ذكرناه، ولو باع حائطين قد أبر أحدهما لم يتبعه الآخر لأنه يفضي الى سوء المشاركة واختلاف الايدي لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه، ولو أبر بعض الحائط فأفرد بالبيع ما لم يؤبر فللمبيع حكم نفسه ولا يتبع غيره وخرج القاضي وجهاً في أنه يتبع غير المبيع فيكون للبائع كما لو باع الحائط كله وهو أحد الوجهين لأصحاب

غير المبيع ويكون للبائع لانه قد ثبت للحائظ كله حكم التأبير وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصح هذا لان المبيع لم يؤبر منه شيء فوجب أن يكون للمشتري بمفهوم الخبر وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ، ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل فان بيعت النخلة وقد أبرت كلها أو بعضها فأطلعت بعد ذلك فالطلع للمشتري لانه حدث في ملكه فكان له كما لو حدث بعد جواز الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشبهه لتباعد ما بينهما (فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره لانه يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كشجرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طاعه كظهور ثمرة غيره ، ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث أو يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتفكيح به وهو يكون بعد ظهوره فأشبهه طلع الاناث ، فان باع نخلاً فيه فحال وإنات لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري الا على الوجه الآخر فان طلع الفحال يكون للبائع وان كان قد تشقق طلع أحد النوعين دون الآخر فاشقق فهو للبائع وما لم يشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها ، وإن تشقق طلع بعض الاناث أو بعض الفحال فالذي قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلاً أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة يجري مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة لولده أو تقايلا المبيع أو كان صداقاً رجع إلى الزوج الشافعي . ولنا أن المبيع لم يؤبر شيء منه فوجب أن يكون للمشتري لمفهوم الحديث وكما لو كان منفرداً في بستان وحده ولانه لا يفضي الى سوء المشاركة ولا اختلاف الايدي ولا الى ضرر فبقي على حكم الاصل ، فان بيعت النخلة المؤبرة كلها أو بعضها ثم حدث طلع فهو للمشتري لانه حدث في ملكه أشبه ما لو حدث بعد أخذ الثمرة ولان ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشبهه لتباعد ما بينهما

(فصل) وطلع الفحال كطلع الاناث فيما ذكرنا وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أنه للبائع بكل حال لانه قد يؤخذ للأكل قبل ظهوره فهو كشجرة لا تخلق الا ظاهرة كالتين ويكون ظهور طاعه كظهور ثمرة غيره . ولنا أنها ثمرة نخل اذا تركت ظهرت فهي كالاناث ، ولانه يدخل في عموم الخبر وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح فان أكله ليس هو المقصود منه وإنما يراد للتفكيح به وذلك يكون بعد ظهوره فأشبهه طلع الاناث ، فان باع نخلاً فيه فحال وإنات لم يشقق منه شيء فالكل للمشتري إلا على الوجه الآخر ، فان طلع الفحال يكون للبائع ، وان تشقق أحد النوعين دون الآخر فاشقق للبائع وما لم يشقق للمشتري إلا عند من سوى بين الانواع كلها

(فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤبرة تكون لمن انتقل عنه الاصل وغير المؤبرة لمن انتقل اليه مثل أن يصدق المرأة نخلاً أو يخلعها به أو يجعله عوضاً في اجارة أو عقد صلح لانه عقد معاوضة يجري مجرى البيع ، وان انتقل بغير معاوضة كالهبة والرهن أو فسخ لأجل العيب أو فلس المشتري أو رجوع الاب في هبة ولده أو تقايلا المبيع ، أو كان صداقاً فرجع إلى

لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه تمام متصل فأشبه السمن ، وفي الهبة والرهن حكمها حكم البيع في انه يتبع قبل التأبير ولا يتبع فيما بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع وأما رجوع البائع لفلس المشتري أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

(مسئلة) قال (وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر باد)

وجملة ذلك أن الشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما يكون ثمره في أكامه ثم تفتح الاكام فيظهر كالنخل الذي وردت السنة فيه وينا حكه وهو الاصل وما عداه مقيس عليه وملحق به ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والزجس والبنفسج فانه تظهر أكامه ثم تفتح فيظهر فهو كالطلع ان تفتح جنبه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجيز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالرمان والموز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الأكل فهو كالتين ولأن قشره يزل بمنزلة أجزائه للزومه إياه وكونه من مصلحته (الضرب الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالباً الا بعد جزائه فأشبه الضرب الذي قبله ولأن قشر اللوز يؤكل معه فأشبه التين وقال القاضي ان تشقق القشر الأعلى فهو للبائع وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع الا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه

الزوج لفسخ المرأة النكاح أو نصفه لطلاق الزوج فانه في الفسخ يتبع الاصل سواء أبر أو لم يؤبر لانه تمام متصل أشبه السمن وفي الهبة والرهن حكمها حكم البيع في انه يتبع قبل التأبير ولا يتبع بعده لان الملك زال عن الاصل بغير فسخ أشبه البيع ، وأما رجوع البائع لفلس المشتري، أو الزوج لانفساخ النكاح فيذكران في بابيهما

(مسئلة) (وكذلك الشجر إذا كان فيه ثمر باد كالنخل والتين والرمان والجوز)

والشجر على خمسة أضرب (أحدها) ما تكون ثمرته في أكام ثم تفتح فيظهر كالنخل الذي يينا حكه وهو الاصل وما سواه مقيس عليه ، ومن هذا الضرب القطن وما يقصد نوره كالورد والياسمين والزجس والبنفسج فانه تظهر أكامه ثم تفتح فهو كالطلع ان تفتح جنبه فهو للبائع وإلا فهو للمشتري (الثاني) ما تظهر ثمرته بارزة لا قشر عليها ولا نور كالتين والتوت والجيز فهي للبائع لان ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور ما في الطلع (الثالث) ما يظهر في قشره ثم يبقى فيه إلى حين الأكل كالوز والرمان فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره من مصلحته ويبقى فيه إلى حين الأكل كالتين (الرابع) ما يظهر في قشرين كالجوز واللوز فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور لان قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جزائه فأشبه الضرب الذي قبله ، ولأن قشر اللوز يؤكل معه أشبه التين ، وقال القاضي إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع ، وان لم يتشقق فهو للمشتري كالطلع ، ولو اعتبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً ولا يصح قياسه على الطلع لان الطلع لا بد من تشققه وتشققه من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده

من مصلحته وهذا بخلافه فانه لا يتشقق على شجره وتشققه قبل كماله يفسده (الخامس) ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاحاص والخوخ فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع وان لم تظهر فهي للمشتري وقيل ما تناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور ، وقال القاضي يحتمل أن تكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة ، وقول الحرقي يقتضي ما قلناه لانه علق استحقاق البائع لها بكون الثمر باديا لا يبدو نوره ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو اذا كبر قبل أن ينثر النور فتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم والله أعلم . وهذا يفارق الطلع لأن الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا ههنا أو قريباً منه وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف أو قريباً منه

(فصل) فأما الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر فهو للمشتري بكل حال لانه من اجزائها خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت الذي يقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتح فهو للبائع وإلا فهو للمشتري لانه بمنزلة الحنبد الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وهذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق (١) وان لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر ورق الشجر والله أعلم

(١) المقول

ان الحكم للمادة

والعرف في كل عقد

اطلق ولم يشترط البائع

فيه لنفسه الثمر

والحديث في التخل

المؤبر مبني على أنه

كان ذلك عرفهم لا

أنه تبدل بمبدنا به

(الخامس) ما يظهر نوره ثم يتناثر فتظهر الثمرة كالتفاح والمشمش والاحاص والخوخ ، فاذا تفتح نوره وظهرت الثمرة فيه فهو للبائع ، وان لم تظهر فهو للمشتري ، وقيل ما يتناثر نوره فهو للبائع وما لا فهو للمشتري لان الثمرة لا تظهر حتى يتناثر النور وقال القاضي يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لان الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر ، فان العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة وانما هي أوعية لها تكبر الثمرة في جوفها وتظهر فتصير العقدة في طرفها وهي قمع الرطبة ، وظاهر لفظه ههنا يقتضي ما قلناه أولاً وهو ظاهر كلام الحرقي لانه علق استحقاق البائع للثمره ببدوها ولا يبدو الثمر حتى يتفتح نوره وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور فيتعلق ذلك بظهوره والعنب بمنزلة ماله نور لانه يبدو في قطوفه شيء صغار كحب الدخن ثم يتفتح ويتناثر كتناثر النور فيكون من هذا القسم وهذا يفارق الطلع لان الذي في الطلع عين الثمرة ينمو ويتغير والنور في هذه الثمار يتساقط ويذهب وتظهر الثمرة ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه كما ذكرنا أو قريباً منه وبينهما اختلاف قريب عما ذكرنا

(مسألة) (والورق للمشتري بكل حال)

الاعصان والورق وسائر أجزاء الشجر للمشتري لانه من أجزاء خلق لمصلحتها فهو كأجزاء سائر المبيع ، ويحتمل أن يكون ورق التوت المقصود أخذه لدود القز للبائع إذا تفتح وللمشتري قبل ذلك لانه بمنزلة الحنبد الذي يتفتح فيظهر نوره من الورد وغيره وانما هذا في المواضع التي عادتهم أخذ الورق وان لم يكن عادتهم ذلك فهو للمشتري كسائر الورق والله أعلم

(مسألة) (وان ظهر بعض الثمرة فهو للبائع ، وما لم يظهر فهو للمشتري ، وقال أبو حامد

الكل للبائع) وقد ذكرناه

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن للمشتري منعه منه لأنه يبقى به فله منعه منه كتركه على الأصول وإن أراد سقيها من غير حاجة فالمشتري منعه منه لأنه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره ولأن الأصل منعه من التصرف في ملك غيره وإنما أباحت الحاجة فإن لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع، فإن احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر أو احتاج الشجر إلى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي أيها طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل في العقد على ذلك فإن المشتري اقتضى عقده ببقية الثمرة والسقي من بقيتها والعقد اقتضى تمكن المشتري من حفظ الأصول وتسليمها فله كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وإن أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته، فإن اختلفا في قدر الحاجة رجع إلى أهل الخبرة وأيهما اتمس السقي فالمؤنة عليه لأنه لحاجته

(فصل) فإن خيف على الأصول الضرر ببقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره، وإن كان كثيراً خيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر أيضاً لذلك (الثاني) يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فصل) وإذا باع شجراً فيه ثمر للبائع فحدث ثمرة أخرى أو اشترى ثمرة في شجرها فحدث ثمرة أخرى فإن تميزتا فلكل واحد ثمرة وإن لم تميز أحدهما من الأخرى فهذا شريك فيهما كل واحد بقدر ثمرة، فإن لم يعلم قدر كل واحدة منها اصطلاحاً عليها ولا يطل العقد لأن المبيع لم يتعذر تسليمه وإنما اختلط بغيره فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فانتال عليه طعام للبائع أو انتال هو على طعام للبائع ولم يعرف قدر كل واحد منهما ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها أو اشترى عريّة فتركها حتى أتمت فإن العقد يبطل في إحدى الروايتين لكون

(مسألة) (وإن احتاج الزرع أو الثمرة إلى سقي لم يلزم المشتري ولم يملك منه البائع منه)

إذا كانت الثمرة للبائع مبقاة في شجر المشتري فاحتاجت إلى سقي لم يكن للمشتري منعه لأنه يبقى به فله منعه منه كتركه على الأصول، وإن أراد سقيها من غير حاجة فالمشتري منعه لأن سقيه يتضمن التصرف في ملك غيره والأصل منعه منه وإنما أبحتهما للحاجة فإذا لم توجد الحاجة يبقى على أصل المنع، وإن احتاجت إلى سقي يضر بالشجر أو احتاج الشجر إلى سقي يضر بالثمرة فقال القاضي: أيها طلب السقي لحاجته أجبر الآخر عليه لأنه دخل في العقد على ذلك فإن المشتري اقتضى عقده ببقية الثمرة والسقي من بقيتها واقتضى تمكن المشتري من حفظ الأصول وتسليمها فله كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر وإن أضر به وإنما له أن يسقي بقدر حاجته، وإن اختلفا في ذلك رجع إلى أهل الخبرة وأيهما اتمس السقي فالمؤنة عليه لأنه لحاجته

(فصل) وإن خيف على الأصول الضرر ببقية الثمرة عليها لعطش أو غيره والضرر يسير لم يجبر على قطعها لأنها مستحقة للبقاء فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره، وإن كان كثيراً خيف على الأصول الجفاف أو نقص حملها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر كذلك (والثاني) يجبر على القطع لأن الضرر يلحقها وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع فكان القطع أولى وللشافعي قولان كالوجهين

(فضل) ولا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ولا الزرع قبل اشتداد حبه إلا بشرط القطع في الحال

اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهي وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل من غير حاجة الى أكله رطباً وهنسا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً الى فعل المحرم، وجمع أبو الخطاب بينهما فقال في الجميع روايتان (احداها) يطل العقد (والاخرى) لا يطل، وقال القاضي ان كانت الثمرة للبائع فحدث ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسمح بنصيبك لصاحبك فان فعله أحدهما أقرنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع وان امتنعا فسحنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدث ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لان الثمرة كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع بينهما، وهذا مذهب الشافعي، قال ابن عقيل لعل هذا قول لبعض أصحابنا فاني لم أجده معزيا الى أحد والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لاحد ولو اشترى حنطة فالتت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى والله أعلم (فصل) اذا باع الارض وفيها زرع لا يحصد الا مرة كالحنطة والشعير والقطن وما المقصود منه

مستتر كالجزر والفجل والبصل والثوم وأشباهاها فاشتراطه المشتري فهو له قصيلاً كان أو ذا حب مستتراً أو ظاهراً معلوماً أو مجهولاً لكونه دخل في البيع للارض فلم يضر جهله وعدم كاله كالمواشى شجرة فاشتراط ثمرتها بعد تأبيرها وان أطلق البيع فهو للبائع لانه مودع في الارض فهو كالكنز والقماش ولانه يراد للثقل فأشبه الثمرة المؤبرة، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً ويكون للبائع مبق في الارض الى حين الحصاد بغير أجرة لأن المنفعة حصلت مستتاة له، وعليه حصاده في أول وقت حصاده وان كان بقاؤه أنفع له كقولنا في الثمرة، وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة عليه نقله عقيب البيع كقوله في الثمرة وقد مضى الكلام فيها وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي لان له وقتاً يقطع فيه الا أن العروق تكون للمشتري لأنها تركت في الارض للبقاء فيها والقصب نفسه كالثمرة وان لم يظهر منه شيء فهو للمشتري وأما قصب السكر فانه يؤخذ مرة واحدة فهو كالزرع فان حصده قبل الحصاد لينتفع بالارض في غيره لم يملك الانتفاع بها لان منفعتها إنما حصلت مستتاة عن مقتضى العقد ضرورة بقاء الزرع فتقدر ببقائه كالثمرة على الشجرة وكما لو كان المبيع طعاماً لا ينقل مثله عادة الا في شهر لم يكلف الا ذلك فان تكلف نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يحز كذلك هنا ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستنصرها الارض كعروق القطن والذرة فعلى البائع ازالها وان تمحرت الارض فعليه تسوية حفرها لانه استصلاح للملك فصار كما لو باع داراً فيها خاية كبيرة لا تخرج الا بهدم باب الدار فهدمها كان عليه الضمان، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح ملك الآخر من غير اذن الاول ولا فعل صدر عنه النقص واستند اليه كان الضمان على مدخل النقص (فصل) وان باع أرضاً وفيها زرع يحز مرة بعد أخرى فالأصول للمشتري والحزبة الظاهرة عند البيع للبائع سواء كان مما يبقى سنة كالهندبا والبقول أو أكثر كالرطبة وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في

لا يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط التبقية إجماعاً لان النبي ﷺ عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع. متفق عليه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث

الحال فانه ليس لذلك حد ينتهي اليه ولان ذلك يطول ويخرج غير ما كان ظاهراً والزيادة من الاصول التي هي ملك للمشتري ، وكذلك ان كان الزرع مما تكرر ثمرته كالقثاء والخيار والبطيخ والباذنجان وشبهه فهو للمشتري والثمرة الظاهرة عند البيع للبائع لان ذلك مما تتكرر الثمرة فيه فأشبه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الارض كالبنفسج والزجس فالاصول للمشتري لانه جعل في الارض للبقاء فيها فهو كالرطوبة وكذلك أوراقه وغصونه لانه لا يقصد أخذه فهو كورق الشجر وأغصانه ، وأما زهرته فان كانت قد تفتحت فهي للبائع والا فهي للمشتري على ما ذكرناه فيما مضى واختار ابن عقيل في هذا كله أن البائع ان قال بعثك هذه الارض بحقوقها دخل فيها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل ؟ على وجهين كالشجر .

(فصل) وإذا اشترى أرضاً فيها بذر فاستحق المشتري أصله كالرطوبة والنعناع والبقول التي تجز مرة بعد أخرى فهو له لانه ترك في الارض للبقاء فهو كأصول الشجر ولانه لو كان ظاهراً كان له فالمستتر أولى سواء علقت عروقه في الارض أولاً فان كان بذراً لما يستحقه البائع فهو له إلا أن يشترطه المبتاع فيكون له ، وقال الشافعي البيع باطل لان البذر مجهول وهو مقصود .
وانما أن البذر يدخل تبعاً في البيع فلم يضر جهله كما لو اشترى عبداً فاشترط ما له ويجوز في التابع من الفرار ما لا يجوز في المتبوع كبيع اللبن في الضرع مع الشاة والجمل مع الأمل والسقوف في الدار وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع ولا تضر جهالها ولا يجوز مفردة ، وان لم يعلم المشتري بذلك فله الخيار في فسخ البيع وامضائه لانه يفوت عليه منفعة الارض عاماً ، فان رضي البائع بتركه للمشتري أو قال أنا أحوله وأمكنه ذلك في زمن يسير لا يضر بمنافع الارض فلا خيار للمشتري لانه أزال العيب بالنقل أو زاده خيراً بالترك فلزمه قبوله لان فيه تصحيحاً للنقد ، وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلع فبان انه مؤبر فله الخيار لانه يفوت المشتري ثمرة عامه ويضر بفاؤها بنخله فان تركها له البائع لم يكن له خيار ، فان قال أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك لان ثمرة العام تفوت سواء قطعها أو تركها ، وان اشترى أرضاً فيها زرع للبائم أو شجراً فيه ثمر للبائع والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والثمر له فله الخيار أيضاً كما لو جهل وجوده لانه انما رضي ببذل ماله عوضاً عن الارض والشجر بما فيها فاذا بان خلاف ذلك ينبغي ان يثبت له الخيار كما اشترى للمعيب يظنه صحيحاً ، وإن اختلفا في جهله لذلك فالقول قول المشتري إذا كان ممن يحل ذلك لكونه عامياً فان هذا مما يحله كثير من الناس وان كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله لان الظاهر أنه لا يحله

(فصل) إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع وكذلك اذا قال رهنتك هذه الارض بحقوقها دخل في الرهن غراسها وبناءها وان لم يقل بحقوقها فهل يدخل الغراس والبناء فيها ؟ على وجهين ، ونص الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن ، واختلف أصحابه في ذلك فمهم من قال فيهما جميعاً قولان ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى فيستتبع البناء والشجر بخلاف الرهن

(فصل) وكذلك الزرع الاخضر في الارض لا يجوز بيعه الا بشرط القطع كما ذكرنا في الثمرة على الاصول .
روى مسلم أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة نهى البائع والمشتري . قال ابن المنذر ولا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل

ومهم من قال إنها سواء لان ما تبع في البيع تبع في الرهن كالطرق والمنافع وفيهما جميعا وجهان (أحدهما) يدخل البناء والشجر لأنهما من حقوق الأرض ولذلك يدخلان إذا قال بحقوقها وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق كطرقها ومنافعها (والثاني) لا يدخلان لأنهما ليسا من حقوق الأرض فلا يدخلان في بيعها ورهنها كالثمرة المؤبرة ، ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة تراد للنقل وليست من حقوقها بخلاف الشجر والبناء ، فان قال بمتك هذا البستان دخل فيه الشجر لان البستان اسم للأرض والشجر والحائط ولذلك لا تسمى الأرض المكشوفة بستانا قال ابن عقيل ويدخل فيه البناء لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء ويحتمل أن لا يدخل

(فصل) وان باعه شجرا لم تدخل الأرض في البيع ذكره أبو اسحاق ابن شاقلا لأن الاسم لا

يتناولها ولا هي تبع للمبيع .

(فصل) وان قال بمتك هذه القرية فان كانت في اللفظ قرية مثل المساومة على أرضها أو ذكر الزرع والغرس فيها وذكر حدودها أو بذل ثمن لا يصلح الا فيها وفي أرضها دخل في البيع لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها والقرية صارفة اليه ودالة عليه فأشبهه ما لو صرح به، وان لم يكن قرية تصرف الى ذلك فالبيع يتناول البيوت والحصن الدائر عليها فان القرية اسم لذلك وهو مأخوذ من الجمع لانه يجمع الناس وسواء قال بحقوقها أو لم يقل ، وأما الغراس بين بنائها فخكمه حكم الغراس في الأرض ان قال بحقوقها دخل وان لم يقل فعلى وجهين .

(فصل) وان باعه دارا بحقوقها تناول البيع أرضها وبنائها وما هو متصل بها عما هو من مصلحتها كالابواب المنصوبة والخوازي المدفونة والرفوف المسمرة والاولتاد المغروزة والحجر المنصوب من الرحا وأشياء ذلك ، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها كالكنز والاحجار المدفونة لان ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبهه الفرش والستور ولا ما كان منفصلا عنها يختص بمصلحتها كافرش والستور والطعام والرفوف الموضوعة على الاولتاد بغير تسمير ولا غرز في الحائط والدلو والبكرة والقفل وحجر الرحي اذا لم يكن واحد منها منصوبا والخوازي الموضوعة من غير أن يطين عاير ونحوه لانه منفصل عنها لا يختص بمصلحتها فأشبهه الثياب ، وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها كالمتاع والحجر الفوقاني من الرحا اذا كان السفلائي منصوبا فيحتمل وجهين (أحدهما) يدخل في البيع لانه لمصلحتها فأشبهه المنصوب فيها (والثاني) لا يدخل لانه منفصل عنها فأشبهه السفلائي اذا لم يكن منصوبا والقفل والدلو ونحوها ومذهب الشافعي في هذا كمنهنا سواء .

(فصل) وما كان في الأرض من الحجارة المخلوقة فيها أو مبني فيها كأساسات الحيطان المتهدمة فهي للمشتري بالبيع لانه من اجزائها فهي كحيطانها ورأبها والمعادن الجامدة فيها والآجر كالحجارة في هذا ، واذا كان المشتري عالما بذلك فلا خيار له وان لم يكن عالما به وكان ذلك يضر بالأرض وينقصها كالضجر المضر بمرور الشجر فهو عيب والمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن أو الامساك

البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي ، فان باعه بشرط القطع أو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع صح بالاجماع لان المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة عليها قبل أخذها لما روى أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهر قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة ثم يأخذ

وأخذ أرض العيب كما في سائر المبيع ، فأما ان كانت الحجارة أو الآجر مودعا فيها للنقل عنها فهي للبائع كالكنز وعليه نقلها وتسوية الأرض اذا نقلها واصلاح الحفر لانه ضرر لحق لاستصلاح ملكه فكان عليه إزالته وان كان قلعها يضر بالأرض أو تتناول مدته ولم يكن المشتري عالما فله الخيار كما ذكرنا لانه عيب وان لم يكن في نقلها ضرر ويمكن نقلها في أيام يسيرة كالثلاثة فما دون فلا خيار له وله مطالبة البائع بنقلها في الحال لانه لا عرف في تبيعيتها بخلاف الزرع ، وان كان عالما بالحال فلا خيار له ولا أجرة في الزمان الذي نقلت فيه لانه علم بذلك ورضي فأشبهه مالهو اشترى أرضاً فيها زرع ، وان لم يعلم واختار امساك المبيع فهل له أجرة لزمان النقل على وجهين (احدهما) له ذلك لان المنافع مضمونة على المتلف فكان عليه بدلها كالأجزاء (والثاني) لا يجب لانه لما رضي بامساك المبيع بتلف المنفعة في زمان النقل فان لم يتجر الامساك فقال البائع أنا أدع ذلك لك وكان مما لاضرر في بقائه لم يكن له خيار لان الضرر زال عنه (فصل) فان كان في الأرض معادن جامدة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها دخلت في البيع وملكك بملك الأرض التي هي فيها لانها من اجزائها فهي كترابها واحجارها ولكن لا يباع معدن الذهب بذهب ولا معدن الفضة بفضة ويجوز بيعها بغير جنسها ، وان ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به فله الخيار لانه زيادة لم يعلم بها فأشبهه مالهو باعه ثوبا على انه عشرة فبان احد عشر هذا إذا كان قد ملك الأرض باحياه أو اقطاع ، وقد روي أن ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبدالعزيز أرضاً فظهر فيها معدن فقالوا إنما بعنا الأرض ولم نبع المعدن وأنوا عمر بن عبدالعزيز بالكتاب الذي فيه قطعة النبي ﷺ لا يبرهم فأخذه عمر فقبله ورد عليهم المعدن . وان كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار لان الحق لغيره وهو المالك الاول ، واحتمل أن يكون له الخيار كما لو اشترى معيائهم باعه ولم يعلم عيبه فانه يستحق الرد عليه وان كان قد باعه مثل ما اشتراه ، وقد روي أبو طالب عن أحمد انه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه وظاهر هذا أنه لم يجعله للبائع ولا جعل له خياراً لانه من أجزاء الأرض فأشبهه مالهو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة

(فصل) واذا كان في الأرض بئر أو عين مستقبطة فنفس البئر وأرض العين مملوكة للمالك الأرض والماء الذي فيها غير مملوك لانه يجري من تحت الأرض الى ملكه فأشبهه الماء الجاري في النهر الى ملكه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الآخر) يدخل في الملك لانه ماء الملك ، وقد روي عن أحمد ما يدل على انه يملك فانه قال في رجل له أرض ولا آخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع ويكون بينهما فقال لا بأس ، اختاره أبو بكر وهذا يدل على ان الماء مملوك لصاحبه ، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الاملاك كالقار والنفط والمومياء والملح وكذلك الحكم في النبات في أرضه من الكلال والشوك ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في الماء ، والصحيح ان الماء لا يملك فكذلك هذه ، قال أحمد لا يعجبني بيع الماء البتة ، قال الاثرم : سمعت أبا عبدالله يسئل عن قوم بينهم نهر

أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأثور فبا يقطع فصيح يبعه كما لو بدا صلاحه (فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يحز سواء اشتراها من رجل أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع أو لم يشترطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ماله يملكه فلم يصح اشتراطه .

تشرب منه أرضهم لهذا يوم ولهذا يومان يتفقون عليه بالحصى فجاء يومى ولا أحتاج إليه أكرهه بدرام؟ قال ما أدري أما النبي ﷺ فنهى عن بيع الماء قيل انه ليس يبيعه أما يكرهه ، قال إنما احتالوا بهذا ليحسنوه فأى شيء هذا إلا البيع ؟ وروى الأثرم بإسناده عن جابر وإياس بن عبد الله المزني أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع الماء ، وروى أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال «المسلمون شركاء في ثلاث : في الماء والتمار والكلأ» رواه أبو عبيد في كتاب الاموال ، فإذا قلنا لا يملك فصاحب الارض أحق به من غيره لكونه في ملكه فإن دخل غيره بغير اذنه فأخذه ملكه لانه مباح في الاصل فأشبه مالو عشتى في أرضه طائر أو دخل فيها ظبي أو نضبت عن سمك فدخل اليه داخل فأخذه ، وأما ما يجوز من الماء في إنائه أو يأخذه من الكلأ في حبله أو يحوزه في رخله أو يأخذه من المعادن فإنه يملكه بذلك وله يبيعه بلا خلاف بين أهل العلم فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لأن يأخذ أحدكم حبلأ يأخذ حزمة من حطب فيبيعه فكيف الله به وجهه خيره من أن يسأل الناس أعطي أو منع» رواه البخاري ، وروى أبو عبيد في الاموال عن المشيخة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الماء إلا ما حمل منه ، وعلى ذلك مضت العادة في الامصار يبيع الماء في الروايا والحطب والكلأ من غير تكبر ، وليس لأحد أن يشرب منه ولا يتوضأ ولا يأخذ إلا باذن مالكه وكذلك لو وقف على بئر أو بئر مباح فاستقى بدلوه أو بدولاب أو نحوها فإيرقيه من الماء فهو ملكه وله يبيعه لانه ملكه بأخذه في إنائه ، قال أحمد إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر نفسها والين ومشرها أحق بمائها ، وقد روي أن النبي ﷺ قال «من يشتري بئر رومة يوسع بها على المسلمين وله الجنة؟» أو كما قال ، فاشترها عثمان بن عفان رضي الله عنه من يهودي بأمر النبي صلى الله عليه وسلم وسبها للمسلمين وكان اليهودي يبيع ماءها ، وروي أن عثمان اشترى منه نصفها باثني عشر ألفاً ثم قال لليهودي اخبر إما أن تأخذها يوماً وأخذها أنا يوماً وأما أن تنصب لك عليها دلوأ وأنصب عليها دلوأ فاختار يوماً ويوماً ، فكان الناس يستقون منها في يوم عثمان لليومين فقال اليهودي أفسدت علي بئري فاشتر باقيها فاشترأ بثانية آلاف ، وفي هذا دليل على صحة بيعها وتسليمها وصحة بيع ما يستقيه منها وجواز قسمة مائها بالمهاياة وكون مالكها أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق وليس بمملوك . فأما المياه الجارية فما كان نابعا في غير ملك كالأنهار الكبار وغيرها لم يملك بحال ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك كالطير يدخل إلى أرضه ولكل أحد أخذه ولا يملكه إلا أن يجعل له في أرضه مستقراً كالبركة والقرار أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير فيكون أحق بذلك الماء من غيره كنفق البئر ، وإن كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها فالأولى أنه يملكه بذلك على ما سذكره في مياه الامطار . وما كان نابعاً أو مستتباً كالقني فهو كنفق البئر وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع المتخذة لمياه الامطار تجتمع فيها ونحوها من البرك وغيرها فالأولى أنه يملك ماءها ويصح بيعه إذا كان معلوماً لانه مباح حصه بشيء معد له فملكه كالصيد يحصل في شبكته والسمك في بركة معدة له ولا يجوز أخذ شيء منه إلا باذن مالكه .

(مسئلة) (ولا يجوز بيع الرطبة والبقول إلا بشرط حذوه ولا القناء ونحوه إلا لفظه لفظاً إلا أن يبيع أصله) الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الارض ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع مرة بعد أخرى كالنعناع والهندبا وشبهها لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي (المنفي والشرح الكبير) (٢٦) (الجزء الرابع)

(مسئلة) قال (واذا اشترى الثمرة دون الأصل ولم يبدو صلاحها على الترك الى الجزاء لم

يجز وان اشتراها على القطع جار)

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يشتريها بشرط التبقية فلا يصح البيع إجماعاً لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع، متفق عليه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث (القسم الثاني) أن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها بدليل ما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى ترهق قال «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» رواه البخاري وهذا مأمون فيها يقطع فصيح يبع كما لو بدا صلاحه

(القسم الثالث) أن يبيعها مطلقاً ولم يشترط قطعاً ولا تبقية فالبيع باطل، وبه قال مالك والشافعي وأجازوه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي انقطاع فهو كما لو اشترطه قال ومعنى انتهى أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدلالة قوله «أرأيت أن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو مفقود في الحال حتى يتصور المنع ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع، واستدلوا به بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، ويقرر ما قلنا من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية فيصير العقد المطابق كالذي شرطت فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً، ويصح تعاليها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها

(فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (أحدها) أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه (الثاني) أن يبيعها مع الأصل فيجوز بالاجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترط المبتاع» ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الفرر فيها كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الفرع مع بيع الشاة والنوى في التمر مع التم وأساسات الحيطان في بيع الدار (الثالث) أن يبيعها مفردة لمالك الأصل نحو أن تكون للبائع ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك أو يوصي لرجل بثمره نخلة فيبيعها لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح البيع وهو المشهور من قول مالك وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه يجمع الأصل والثمره للمشتري فيصح كما لو اشتراها معاً ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكال لكونه مالكا لأصولها وقرارها فصيح كيبيعها مع أصلها (والثاني) لا يصح وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العقد يتناول الثمرة

ذلك عن الحسن وعطاء ورخص مالك في شراء جزئين وثلاثاً ولا يصح ذلك لأن ما في الأرض منه مستور وما يحدث منه معدوم فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة، ومتى اشترى جزء لم يجز ابقاؤها لأن ما يظهر منها أعيان لم يتناولها انبيع فيكون تبائع إذا ظهر فيفضي إلى اختلاط المبيع بغيره فان أخرها حتى طالت فالحكم فيها يذكر ان شاء الله تعالى

خاصة والفرر فيها يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة كما لو كانت الأصول لأجنبي ولأنها تدخل في عموم النهي بخلاف ما إذا باعها ماعاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه ولأن الفرر فيها يتناوله العقد أصلاً يمنع الصحة وفيما إذا باعها ماعاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع كما يجوز بيع اللبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرها ، وإن باعه الثمرة بشرط القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له .

(فصل) ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال كما ذكرنا في الثمرة على الأصول لما روى مسلم عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن الماهة نهى البائع والمشتري ، قال ابن المنذر لا أعلم أحداً يعدل عن القول به وهو قول مالك وأهل المدينة وأهل البصرة وأصحاب الحديث وأصحاب الرأي . فإن باعه مع الأرض جاز كييع الثمرة مع الأصل ، وإن باعه لملك الأرض ففيه وجهان على ما ذكرنا في الثمرة تباع من مالك الأصل وقال أبو الخطاب يجوز ، وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كييع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع وإذا اشتد حب الزرع جاز يمه مطلقاً وبشرط التبقية لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية المنع من بيعه فيدل على الجواز بعده وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد . ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها ، وإذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها .

(فصل) ذكره القاضي في الصالح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ثم صالحه منه بعض صح فيها يصح في البيع وبطل فيها يبطل فيه ، ولو ادعى اثنان زرعاً في يد آخر فأقر لهما به فالزرع ينشأ نصفان فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يحز سواء شرط القطع أو أطلق لأنه إن أطلق بطل للنهي عن بيع المحاضرة ، وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله ، وإن كانت الأرض للمقر احتمل أن يصح واحتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيها إذا اشترى زرعاً أخضر في أرض مملوكة له ، ولو كانت الأرض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والأرض بينهما نصفين فإن كان بعد اشتداد حبه جاز لأنه يجوز بيعه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز على وجهين بناء على بيع الزرع من مالك الأرض وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لملك الأرض ويشتري منه نصف الأرض التي له فيها الزرع ، وإن شرطاً في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الأرض فارغة ففيه وجهان أيضاً (أحدهما) يصح لاشتراطهما قطع كل الزرع وتفرغ الأرض منه ، واحتمل أن يبطل لأن صاحب الأرض باعه نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره ليسلم إليه أرضه ، وإن قلنا يصح لم يلزم الوفاء بالشرط لأن كل واحد منهما حصل زرعاً في أرضه فلم يلزم قطعه (فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه

(فصل) وإذا باع ثمرة شيء من هذه الأقول كالثقلاء والباذنجان لم يحز إلا ببيع الموجود منها دون المدوم ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا

مشاعاً لم يحز سواء اشتراه من رجل أو من أكثر منه وسواء شرط القطع أو لم بشرطه لانه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه فلم يصح اشتراطه

(فصل) والقطن ضربان (أحدهما) ما له أصل يبقى في الأرض أعواماً كالشجر تكرر ثمرته فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح إفراده بالبيع وإذا بيعت الأرض بحقها دخل في البيع وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع والأفوه للمشتري (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع وبقي كان جوزه ضعيفاً وطباً لم يقو ما فيه لم يحز بيعه إلا بشرط القطع كالزرع الأخضر، وإن قوي جوزه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية كالزرع الذي اشتد حبه وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع إلا أن يشترطه المبتاع، والباذنجان نوعان (أحدهما) ما له شجر تبقى أصوله وتكرر ثمرته فهو كالشجر (والثاني) ما يتكرر زرعه كل عام فهو كالخنطة والشعير

(مسئلة) قال (فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل قال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع ويأخذ الثمن، ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى ولم تتميز أو خنطة فانتالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلف بغيره، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى نصلاً ففرص أو ثوا حتى صار شعيراً قال إن أراد به حيلة فسد البيع والألم يفسد. والظاهر أن هذه ترجع إلى ما نقله ابن سعيد فإنه يمين حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة فإن أراد الحيلة وقصد بشرطه انقطع الحيلة على إبقائه لم يصح بحال إذ قد ثبت من مذهب أحمد أن الحيلة كلها باطلة، ووجه الرواية الأولى أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالاجماع فيبقى ما عده على أصل التحريم ولأن التبقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فأبطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التبايض فيما يشترط فيه القبض أو الفضل فيما يجب التساوي فيه ولأن صحة البيع بحمل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة، ومتى حكمتا بفساد البيع فالثمره كلها للبائع وعنه أنها يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق للثمره فاستحب الصدقة بها والأفالحق أنها للبائع تبعاً للأصل كسائر ثماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بنسخ أو بطلان، ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد أن البائع والمشتري يكونان شركيين في الزيادة، وأما إن حكمتا بصحة العقد فقد روي أنهما يشتركان في الزيادة لحصولهما في ملكهما فان ملك المشتري الثمرة وملك البائع الأصل وهو سبب الزيادة وقال القاضي الزيادة للمشتري كالعبد إذا سجن وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب، والأول أظهر لما ذكرنا فإن الزيادة حصلت من أصل

ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يصح بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تندفع ببيع أصوله ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم يخلق ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه ثماً لما خلق، وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا، إذا ثبت ذلك فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يحز

البائع من غير استحقاق تركها فكان فيها حق له بخلاف العبد إذا سمن فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له بل ذلك حرام عليه فكيف يكون مستجبا ؟ وعن أحمد أنها يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لأن عين المبيع زاد بحجة محظورة قال الثوري إذا اشترى قصبلا بأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ولأن الأمر اشبه في هذه الزيادة وفي مستحباتها فكان الأولى الصدقة بها ويشبه أن يكون هذا استحبابا لأن الصدقة بالشبهات مستحبة ، وإن أيا الصدقة بها اشتركا فيها ، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء وقيمتها يوم أخذها . قال القاضي ومحمّل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها وقيمتها بعده لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري بتمامها لاحق للبائع فيها ، وقال الثوري يأخذ المشتري رأس ماله ويتصدق بالباقي ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أوجن وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ولم يحمل شرائه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليركها حتى يبدو صلاحها فاما ان قصد ذلك فالبيع باطل من أصله لأنه حيلة محرمة وعند أبي حنيفة والشافعي لاحكم لفصده والبيع صحيح قصد أولم يقصد وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل وقد سبق الكلام في هذا

﴿ مسألة ﴾ قال (فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك إلى الجزاز جاز)

وجملة ذلك أنه إذا بدا الصلاح في ثمرة جاز بيعها مطلقا وبشرط التبقية إلى حال الجزاز وبشرط القطع ، وبذلك قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التبقية إلا أن يحدد إذا تاهى عظمها جاز واحتجوا بأن هذا شرط الاتفاد تلك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فيجز كالو شرط تبقية الطعام في كند وجهه . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ففهم منه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزا بعد بدو الصلاح والالم يكن بدو الصلاح غاية ولا فائدة في ذكره ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العاهة ، وتعليقه بأمن العاهة يدل على التبقية لأن ما يقدح في الحال لا يخاف العاهة عليه ، وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع ولأن النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف فإذا شرطه جاز كالأمر لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الامكان وفي هذا انفصال عما ذكره

(فصل) ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة أو الشجرة صلاح لجميعها أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك ولا أعلم فيه اختلافا وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان أظهرهما جوازه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن ، وعنه لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه لأن ما لم يبد صلاحه داخل في عموم النهي ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجز بيعه من غير شرط القطع كالجنس الآخر وكالذي في البستان الآخر ، ووجه الأولى أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو

إلا بشرط القطع ، وإن كان بعد بدو صلاحه جاز مطلقا وبشرط القطع والتبقية على ما تذكر في ثمرة الأشجار وسنين . يكون بدو صلاحه ؟

(فصل) ويصح بيع هذه الأصول التي تكرر ثمرتها من غير شرط القطع ذكره القاضي وهو

فيه فجاز بيع جميعه كالشجرة الواحدة ولان اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق ويؤدي الى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا على ما ذكرنا فيما أبر بمضه دون بعض، فاما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يتبعه وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الادراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وان كان يتأخر ادراك البعض تأخيراً كثيراً فالبيع جائز فيما أدرك ولا يجوز في الباقي وقال أبو الخطاب: يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بعضه الى بعض في اكمال النصاب في الزكاة فيتبعه في جواز البيع كالتنوع الواحد، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخاف الزكاة فان المقصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعة وقيام كل نوع مقام النوع الآخر في المقصود والمعنى هنا هو تقارب ادراك أحدهما من الآخر ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصارا في هذا كالجنسين

(فصل) فاما النوع الواحد من بستانين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز البيع حتى يبدو الصلاح في أحدهما متجاورين كانا أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن أحمد رواية أخرى ان بدو الصلاح في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبهها القراح الواحد، ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد، والمذهب الاول لانه انما جعل ما لم يبد صلاحه بمنزلة ما بدا وتابعا له دفعا لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه وما في قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا، وما ذكره ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع، ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يحز لدخوله تحت عموم التهي ويقدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي ما اذا باعه مع ما بدا صلاحه لانه دخل في جواز البيع تبعاً دفعا لمضرة الاشتراك واختلاف الايدي ولا يوجد ذلك هنا ولانه قد يدخل في البيع تبعاً ما يجوز افراده كالثمرة تباع مع الاصل والزرع مع الارض والبن في الضرع مع الشاة، ويحتمل الجواز لان الكل في حكم ما بدا صلاحه ولانه يجوز بيعه مع غيره فجاز بيعه مفرداً كالذي بدا صلاحه

(فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقي لزم البائع ذلك لانه يجب عليه تسام الثمرة كاملة وذلك يكون بالسقي، فان قيل فلم قلتم انه اذا باع الاصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها قلنا لان المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة لانه لم يملكها من جهته وانما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام وزيد بن ثابت

مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا فرق بين كون الاصول صفاراً أو كباراً ثمرة أو غير ثمرة لانه أصل فيه الثمرة فأشبه الشجر، فان باع الثمر منه فمدرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري وان اختلطت بثمره البائع ولم تتميز كان الحكم فيها كثمره الشجرة اذا اختلطت بثمره أخرى على ما يأتي حكمه

والحسن بن أبي الحسن البصري وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبو سلمة لأنه يبيع له قبل قبضه فلم يحجز كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه. ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز له بيعه كما لو جده، وقولهم لم يقبضه لا يصح فإن قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

(مسئلة) قال (فإن كانت ثمرة نخل فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة وإن كانت ثمرة كرم فصلاحتها أن تنموه وصلاح ماسوى النخل والكرم أن يبدو فيها النضج).

وجملة ذلك أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه كثرة النخل والعنب الأسود والاباص فبدو صلاحه بذلك، وإن كان العنب أبيض فصلاحه بتدووه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ولين وبصفر لونه، وإن كان مما لا يتلون كالنخاع ونحوه فبأن يحلو أو يطيب، وإن كان بطيخاً أو نحوه فبأن يبدو فيه النضج، وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً صفاراً وكباراً كافئاً والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة، وقال القاضي وأصحاب الشافعي بلوغه أن يتناهى عظمه، وما قلناه أشبه بصلاحه مما قلناه فافبدو صلاح الشيء ابتداءً وتناهى عظمه آخر صلاحه ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يجمل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة إلا أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاء إلى الحال التي جرت العادة بأخذها فيها فيكون كما ذكرنا، وما قلناه في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من أهل العلم أو مقارب له، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير، وروى نحوه عن ابن عمر وابن عباس، ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل فيرجع معناه إلى ما قلناه فإن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل. متفق عليه، وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى لأن ما رويته يحتل صلاحه للأكل فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب متفق عليه، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهر. قيل وما تزهو؟ قال «نحمار أو تصفار» رواه البخاري، ونهى عن بيع العنب حتى يسود. رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل على هذا المعنى

(مسئلة) قال (ولا يجوز بيع الثناء والخيار والبادنجان وما شبهه إلا نقطة نقطة)

وجملة ذلك أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يحجز إلا ببيع الموجود منها دون المعدوم وهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك يجوز بيع الجميع لأن ذلك يشق تمييزه فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا. ولنا أنها ثمرة لم تخلق فلم يحجز بيعها كما لو باعها قبل ظهور شيء منها والحاجة تدفع ببيع أصوله ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف ما لم تخلق ولأن ما لم تخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدا. إذا تقرر هذا فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يحجز إلا بشرط القطع فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقاً وبشرط القطع والتبعية على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه

(فصل) وقطن ضربان (أحدهما) ماله أعلى يبقى في الأرض أعواماً فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح إفراده بالبيع، وإذا بيعت الأرض بمحقوقها دخل في البيع وثمره كالطاع أن تفتح فهو للبائع والأهـو للمشتري (الثاني) ما يتكرر زرع كل عام فحكمه حكم الزرع، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقو مافيه لم يصح بيعه إلا أن يشترط القطع كالزراع الأخضر، وإن قوي حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبعية كالزراع

(فصل) قال القاضي ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي ، ولا فرق بين كون الأصول صفراً أو كباراً مثمرة أو غير مثمرة لانه أصل تكرر فيه الثمر فأشبهه الشجر فان باع الثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع متروكة الى حين بلوغها الا أن يشترطها المبتاع فان حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري فان اختلطت بثمره البائع ولم تميز كان الحكم فيها كثمره الشجرة اذا اختلطت بثمره أخرى على ما مر حكمه

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقطع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وأباحه مالك والاوزاعي وإسحاق لان الحاجة داعية اليه فأشبهه بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً لما بدأ ، ولنا أنه مبيع مجهول لم يره ولم يوصف له فأشبهه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر رواه مسلم وهذا غرر ، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فاما جاز بيعه لان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه بعضاً ، فان كان بما تقصد فروعه وأصوله كالبصل المبيع أخضر والكرات والفجل أو كان المقصود فروعه فالأولى جواز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبهه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة ، ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً فلا تضر جهاته كالحمل في البطن والبن في الضرع مع الحيوان ، وان كان معظم المقصود منه أصوله لم يحز بيعه في الارض لان الحكم للاغاب ، فان تساوى لم يحز لان الاصل اعتبار الشرط في الجميع وأما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً فقها عداه يبقى على الاصل

(فصل) ويجوز بيع الجوز واللوز والباقلالا الأخضر في ثمرته مقطوعاً وفي شجره ، وبيع الحب المشتد في سنبله ، ويم الطلع قبل تشققه مقطوعاً على وجه الارض وفي شجره وهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يجوز حتى ينزع عنه ثمره الأعلى الا في الطلع والسنبل في أحد القولين ، واحتج بأنه مستور بما لا يدخر عليه ولا مصلحة فيه فلم يحز بيعه كراب الصاغة والمعادن وبيع الحيوان المذبوح في سلعته

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن الباهة ففهموه بأباحة بيعه إذا بدأ صلاحه وأبيض سنبله ، ولانه مستور بمحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض والقشر الاسفل ، ولا يصح قولهم ليس من مصلحته فانه لا قوام له في شجره الا به والباقلالا يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته ولان الباقلالا يباع في أسواق المسلمين من غير تكثير فكان ذلك اجماعاً وكذلك الجوز واللوز في شجرهما ، والحيوان المذبوح يجوز في سلعته فانه اذا جاز بيعه قبل ذبحه وهو يراد للذبح فكذلك إذا ذبح كما أن الرمانة اذا جاز بيعها قبل كسرها فكذلك اذا كسرت ، وأما راب الصاغة والمعدن فلنا فيهما منع وان سلم فليس ذلك من أصل الحلقة في راب الصاغة ولا بقاؤه فيه من مصلحته بخلاف مستثناة

إذا اشتد حبه ، وإذا بيعت الارض لم يدخل في البيع إلا ان يشترطه المبتاع ، والباذنجان الذي تبقى أصوله وتكرر ثمرته كالشجر وما يتكرر زرع كل عام فهو كالنطة والشعير .

(فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الارض كالجزر والفجل والثوم والبصل حتى يقطع ويشاهد وهذا قول الشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وأباحه مالك والاوزاعي وإسحاق لان الحاجة

(مسئلة) قال (و كذلك الرطبة كل حزة)

وجملة ذلك ان الرطبة وما اشبهها بما ثبت أصوله في الارض ويؤخذ ماظم منه بالقطع دفعة بعد دفعة كالتناع والهدبا وشبههما لا يجوز بيعه الا ان يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال وبذلك قال الشافعي ، وروي ذلك عن الحسن وعطاء ، ورخص مالك في أن يشتري جزين وثلاثا ولا يصح لأن باقي الارض منه مستور وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة قدا ثبت هذا فمتى اشتراها قبل لم يحزله ابتاؤها لان ما لم يظهر منها أعيان لم تنالها البيع فيكون ذلك للبائع إذا ظهر فيفضي الى اختلاط المبيع بغيره والثمره بخلاف ذلك ، فان آخرها حتى طالت فالحكم فيها كالثمره اذا اشتراها قبل بدو صلاحها ثم تركها حتى بدا صلاحها

(فصل) وان اشترى فصيلا من شير ونحوه فقطعه ثم عاد فبنت فهو لصاحب الارض لأن المشتري ترك الاسل على سبيل الرض لها فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السابل التي يخلفها ولذلك أبيع السكل النفاطها ، ولو سقط من الزرع خب ثم نبت من لعام المقبل فهو لصاحب الارض نص احمد على هاتين المسئلتين ، وما يؤكد ما قلنا ان البائع لو أراد التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منعه منه ، ولو كان الباقي مستحقا له الملك بمنعه منه

(مسئلة) قال (والحصاد على المشتري فان شرطه على البائع بطل البيع)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (الاول) أن من اشترى زرعاً أو حزة من الرطبة ونحوها أو ثمرة في أصولها فان حصاد الزرع وحذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري لان نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل الطعام المبيع من دار البائع ويفارق الكيل والوزن فانهما على البائع لانهما من مؤنة التسليم إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالخلية بدون القطع بدليل جوز بيعها والتصرف فيها وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعم فيه مخالفاً (الفصل الثاني) اذا شرطه على البائع فاختلف أصحابنا فقال الحرقي يبطل البيع وقال ابن أبي موسى لا يجوز وقيل يجوز فان قلنا لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط على روايتين ، وقال القاضي المذهب جواز الشرط ذكره ابن حامد وأبو بكر ولم أحد هذا الذي ذكره الحرقي روايته في المذهب ، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً فقال بعضهم اذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم يكون على قولين فمن أفسد قال لا يصح لثلاثة معان (أحدها) أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه (والثاني) أنه شرط مالا يقتضيه العقد (والثالث) أنه شرط تأخير التسليم لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجازة قال هذا بيع واجارة لانه باعه الزرع وآجره نفسه على حصاده وكل واحد منهما يصح افراده بالعقد فاذا جمعهما جاز كالعنين وتولم شرط العمل فيما لا يملكه

تدعو اليه فأنشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا

ولنا أنه مجهول لم يره ولم يوصف له فأنشبه بيع الحمل ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر قبل أن يثمر وهذا غرر ، وأما بيع ما لم يبد صلاحه فاما جاز تبعا فان الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ويتبع بعضه (المغني والشرح الكبير) (٢٧) (الجزء الرابع)

يطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع والثاني يطل بشرط الرهن والكفيل والخيار والثالث ليس بتأخير لانه يمكنه تسليمه قائماً ولأن الشرط من التسليم فليس ذلك بتأخير التسليم ، فإذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه ، فإن قيل فالبيع يخالف حكمه حكم الاجارة لان الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين بخلاف الاجارة فكيف يصح الجمع بينهما ؟ قلنا كما يصح بيع الشقص والسيف وحكمها مختلف فان الشفعة ثبت في الشقص دون السيف ويجوز الجميع بينهما ، وقول الخرقى ان المقدم هنا يطل بمقتضى أن يختص بهذه المسئلة وشبهها مما يفضي الشرط فيه الى التنازع فان البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليقبى له منها بقية والمشتري يريد الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه ففضي الى التنازع وهو مفسدة فيطل البيع من أجله ، وبمقتضى أن يقاس عليه ما أشبهه من اشترط منفعة البائع في المبيع لما ذكرنا في صدر المسئلة ، والاول أولى لوجوبين (أحدهما) أنه قال في موضع آخر ولا يطل البيع بشرط واحد (والثاني) أن المذهب أنه يصح اشترط منفعة البائع في المبيع مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قيصاً أو فلعة ويشترط حذوها نعلاً أو جرزة حطب ويشترط حملها الى موضع معلوم نص عليه أحمد في رواية مهنا وغيره حتى قال القاضي لم أجدهما قال الخرقى رواية في أنه لا يصح واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها وبه قال اسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة يجوز أن يشتري فلعة ويشترط على البائع تركيبها ، وحكي عن أبي ثور والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط لانه شرط فاسد فأشبهه سائر الشروط الفاسدة ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وشرط

ولنا ما تقدم ولم يصح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط إنما الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع كذا ذكره الترمذي ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد . قال أحمد إنما النهي عن شرطين في بيع أما الشرط الواحد فلا بأس به

(فصل) ولا بد من كون المنفعة معلومة لما يصح اشترطها لانا نزلنا ذلك منزلة الاجارة فلو اشترط حمل الحطب الى منزله والبائع لا يعرف منزله لم يصح ولو اشترط حذوها نعلاً فلا بد من معرفة صفاتها كما لو استأجره على ذلك ابتداء قال أحمد في الرجل يشتري العمل على أن يحذوها جائز اذا أراد الشراك وان تعذر العمل بتلف المبيع قبله أو بموت انبائع انقضت الاجارة ورجع المشتري عليه بعوض ذلك وان تعذر بعرض أقم مقامه من يعمل العمل والاجارة عليه كقولنا في الاجارة

(فصل) ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها شهراً أو جملاً ويشترط ظهره الى مكان معلوم أو عبداً ويستثنى خدمته سنة نص على هذا أحمد وهو قول الاوزاعي واسحاق وأبي ثور وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأى لا يصح اشترط لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولانه يناقض مقتضى البيع فأشبهه مالو شرط أن لا يسلمه وذلك لانه شرط تأخير تسليم المبيع الى أن يستوفي البائع منفعته ولان مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه وهذا الشرط

بعضاً ، فان كان مما يقصد فروعه وأصوله كالصل المبيع اخضر والكرات والفلسا وما قصد فروعه جاز بيعه لان المقصود منه ظاهر فأشبهه الحيوان التي أساساتها مدفونة ، ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً لما ظهر فلا تضر جهاته كالحمل في البطن مع بيع الحيوان ، فان كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه

ينافيه وقال ابن عقيل فيه رواية ثانية أنه يبطل البيع والشرط نقلها عبد الله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويشترط أن تخدمه فالبيع باطل وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسئلة فان اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين (أحدهما) أنها مجهولة وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً وهذا لا خلاف في بطلانه إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة (الثاني) أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها فيفضي إلى الحلوة بها والخطر برويتها وصحبها ولا وجد هذا في غيرها ولذلك منع إغارة الجارية الشابة لغبر محرما، وقال مالك إذا اشترط ركوبها إلى مكان قريب جاز وإن كان إلى مكان بعيد كره لأن اليسير تدخله المساعدة. ولنا ما روى جابر أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً واشترط ظممه إلى المدينة وفي لفظ قال فتمته بأوقية واستثنت حملته إلى أهلي متفق عليه وفي لفظ قال فبعته منه بخمس أواق قال قلت على أن يظممه إلى المدينة قال «ولك ظممه إلى المدينة» ورواه مسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التنا إلا أن تعلم وهذه معلومة ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فما إذا اشترى نخلة مؤجرة أو أرضاً مزروعة أو داراً مؤجرة أو أمة مزوجة فجاز أن يستثنى كما لو اشترط البائع أشيرة قبل التأجير، ولم يصح نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط وإنما نهى عن شرطين في بيع فقروا به إباحة الشرط الواحد وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار وتأجيل في الثمن

(فصل) وإن باع أمة واستثنى وطئها مدة معلومة لم يحز لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح لقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) وفارق اشتراط وطء المكاتبه حيث نبيحه لأن المكاتبه مملوكة فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك، واختار ابن عقيل أنه لا يباح وطؤها أيضاً وهو قول أكثر الفقهاء.

(فصل) وإن باع المشتري الدين المستثناة منفعتها صح البيع وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضاً فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له خيار كما لو اشترى مبيعاً يعلم عيبه فإن لم يعلم فله خيار الفسخ لأنه عيب فهو كما لو اشترى أمة مزوجة أو داراً مؤجرة، وإن ألتف المشتري العين فعليه أجره المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره وضمن المبيع، وإن تلفت العين بتفريطه فهو كالتلف بفعله نص عليه أحمد وقال يرجع البائع على المبتاع بأجرة المثل، قال القاضي ممانه عندي القدر الذي نقصه البائع لأجل الشرط، وظاهر كلام أحمد خلاف هذا لأنه يضمن ما فات بتفريطه فضمنه بعوضه وهو أجره المثل، فاما إن تلفت بغير فعله ولا بتفريطه لم يضمن. قال الأثرم: قلت لابي عبد الله فعلى المشتري أن يحمله على غيره لأنه كان له حملان قال لا إنما شرط هذا عليه بعينه ولأنه لم يملكها البائع من جهته فلم يلزمه عوضها كما لو تلفت النخلة المؤجرة بثمرتها أو غير المؤجرة إذا اشترط البائع ثمرتها وكما لو باع حائطاً واستثنى منه شجرة بيمينها فتلفت، وقال القاضي عليه ضمانها أخذاً من عموم كلام أحمد وإذا تلفت العين رجع البائع على المبتاع بأجرة المثل وهو محمول على حالة التفريط على ما ذكرنا

لأن الحكم للاغلب، وكذا إن تساوى لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً ففيها عداة يبقى على الأصل (مسئلة) (والحماد والقاط على المشتري)

(فصل) وإذا اشترط البائع منفعة المبيع وأراد المشتري أن يعطيه ما يقوم مقام المبيع في المنفعة أو يعوضه عنها لم يلزمه قبوله وله استيفاء المنفعة من غير مبيع نص عليه أحمد لأن حقه تعلق بها فأشبه ما لو استأجر عينا فبذل له الآخر مثلها ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها ، فإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لها ولا يخرج عنها ، وإن أراد البائع إعاقة الدين أو إجارته لمن يقوم مقامه فله ذلك في قياس المذهب لأنها منافع مستحقة له فلك ذلك فيها كمنافع الدار المستأجرة والموصى بمنافعها ولا يجوز إجارته أو إكثاله في الاتقاع ، فإن أراد إجارته أو إكثاله أن يضر بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك كما لا يجوز له إجارة الدين المستأجرة لمن لا يقوم مقامه ذكر ذلك ابن عقيل

(فصل) إذا اشترط المشتري منفعة البائع في البيع فأقام البائع مقامه من بعمل العمل فله ذلك لأنه ههنا بمنزلة الاجير المشترك يجوز أن يعمل العمل بنفسه وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العوض عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله ، وإن أراد المشتري أخذ العوض عنه لم يلزم البائع بذله لأن المعاوضة عقد تراض فلم يجبر عليه أحد وإن تراضيا عليه احتمل الجواز لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها لو لم يشترطها فإذا ملكها المشتري جاز له أخذ العوض عنها كما لو استأجرها وكما يجوز أن يؤجر المنافع الموصى بها من ورثة الموصي ، ويحتمل أن لا يجوز لأنه مشروط بحكم العادة والاستحسان لأجل الحاجة فلم يجز أخذ العوض عنه كالقرض فإنه يجوز أن يرد في الحزب والخبر أقل أو أكثر ، ولو أراد أن يأخذ بقدر خبره وكسره بقدر الزيادة الجارة لم يجز ولا يأخذ عوض عن مرفق معناد جرت العادة بالغفو عنه دون أخذ العوض فأشبه المنافع المستثناة شرعا وهو ما يباع أرضا فيها زرع للبائع واستحق بقيته إلى حين الحصاد فلو أخذه فصلا لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

(فصل) ولو قال بعتك هذه الدار وأجرتكها شهرا لم يصح لأنه إذا باعه فقد ملك المشتري المنافع فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدل في مقابلة ما ملكه المشتري فلم يصح . قال ابن عقيل وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن فقير الطحان ومعناه أن يستأجر طحانا ليطحن له كراه بقرين منه فيصر كأنه شرط عمله في الفقير عوضا عن عمله في باقي السكراء المطحون ، ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

(فصل) وإن شرط في المبيع أن هو باعه فالبائع أحده به بالثمن فروى المروذي عنه أنه قال في معنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم « لا شرطان في بيع » يعني أنه فاسد لأنه شرط أن يبيعه إياه وأن يعطيه إياه بالثمن الأول فها شرطان في بيع نهى عنها ، ولأنه يناقض مقتضى العقد لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان أو أن لا يبيعه أصلا ، وروى عنه اسماعيل بن سعيد البيع جائز لما روي عن ابن مسعود أنه قال ابتعت من امرأتين زينة التفقية جارية وشرطت لها أن بعتها فهي لها الثمن الذي ابتعتها به فذكرت ذلك لعمر فقل لا تقرها ولا أحد فيها شرط قال اسماعيل فذكرت لاحد الحديث فقال البيع جائز ولا تقرها لأنه كان فيها شرط واحد المرأة ولم يقل عمر في

وكذلك جزاز الثمرة إذا اشتراها في شجرها لأن نقل المبيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري كنقل النعام المبيع من دار البائع ، ويفارق السكن والوزن فانهما على البائع لأنهما من مؤنة تسليم المبيع إلى المشتري والتسليم على البائع وههنا حصل التسليم بالتخليط بدون القطع بدليل جواز التصرف فيها ،

ذلك البيع فاسد فخل الحديث على ظاهره وأخذ به وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته والقياس يقتضي فساد ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد التبرط وفي رواية إسماعيل ابن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً والتبرط فاسداً كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها ، وقول أحمد لا تقرّبها قد روي مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعها ولا يهبها أو شرط عليه ولأهها ولا يقربها والبيع جائز واحتج بحديث عمر لا تقرّبها ولاحد فيها مثوبة ، قال القاضي : وهذا على الكراهة لا على التحريم ، قال ابن عقيل : عندي أنه إنما منع من الوطء لمكان الخلاف في المقدل لكونه يفسد بفساد الشرط في بعض المذاهب

(مسألة) قال (وإذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً لم يجز وإن استثنى منه نخلة أو شجرة بينهما جاز)

الكلام في هذه المسألة في فصلين (أحدهما) أنه إذا باع ثمرة بستان واستثنى صاعاً أو أصعاً أو مداماً أو أمداداً أو باع صبرة واستثنى منها مثل ذلك لم يجز ، وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والحسن والشافعي والاوزاعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال أبو الخطاب في رواية أخرى أنه يجوز وهو قول ابن سيرين وسالم بن عبد الله ومالك لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم رواه الترمذي وقال هو حديث حسن صحيح ، وهذه ثنيا معلومة ولأنه استثنى معلوماً أشبه ما إذا استثنى منها جزءاً ، ولنا أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا رواه البخاري ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر والاستثناء يغير حكم المشاهدة لأنه لا بدري كم يبقى في حكم المشاهدة فلم يجز وبخالف الجزء فإنه لا يغير حكم المشاهدة ولا يمنع المعرفة بها

(فصل) وإن باع شجرة أو نخلة واستثنى أوطالاً معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً واستثنى أصعاً وقال القاضي في شرحه يصح لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواقط الشاة ، والصحيح ما ذكرناه وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط واليه أقرب ، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق هنا فلا يصح والله أعلم .

(الفصل الثاني) أنه إذا استثنى نخلة أو شجرة بينهما جزواً ولا تعلم في ذلك خلافاً وذلك لأن المستثنى معلوم ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه ، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز لأن الاستثناء غير معلوم فصار المبيع والمستثنى مجهولين ، وروي عن ابن عمر أنه باع ثمرة بأربعة آلاف واستثنى طعام القيان وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً معيناً بقدر طعام القيان لأنه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً لنهي النبي ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لم يكن الباقي بعمده مجهولاً فلا يصح بيعه كما لو قال بعتك من هذه الثمرة طعام القيان .

(فصل) وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة أو الحائط مشاعاً كثلث أو ربع أو أجزاء كسبعين

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً

(مسألة) (فإن باعه مطلقاً أو بشرط التبقية لم يصح)

إذا باع الثمرة قبل صلاحها أو الزرع قبل اشتداد حبه بشرط التبقية لم يصح إجماعاً وقد ذكرناه

أو ثلاثة أثمان صح البيع والاستثناء ذكره أمحاجنا وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر وابن أبي موسى لا يجوز ، ولنا أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه فصح كما لو اشترى شجرة بينهما وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثها وقوله إلا ربعها معناه بعتك ثلاثة أرباعها ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز وكان معناه بعتك ثلثه ، ومنع منه القاضي أبو يعلى قياساً على استثناء الشحم ولا يصح لأن الشحم مجهول لا يصح أفراده بالبيع وهذا معلوم ويصح أفراده بالبيع فصح استثناءه كالشجرة المعينة بقياس المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح فلي هذا يصير أن شريكين فيه للشعري ثلثه وللإمام ثلثه .

(فصل) فإن قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز لأن القفيز معلوم والمكوك معلوم فلا يفتى إلى الجهالة ، ولو قال بعتك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح لأن قدره معلوم من المبيع وهو الربع فكأنه قال بعتك ثلاثة أرباع هذه الثمرة بأربعة دراهم ولو قال إلا ما يساوي درهما لم يصح لأن ما يساوي الدرهم قد يكون الربع أو أكثر أو أقل فيكون مجهولاً فيبطل .

(فصل) وإن باع قطعاً واستثنى منه شاة بعينها صح وإن استثنى شاة غير معينة لم يصح نص عليه وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك يصح أن يبيع مائة شاة إلا شاة بخارها أو يبيع ثمرة حائطه ويستثنى ثمرة نخلات بعدها ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التثنية إلا أن تعلم ونهى عن بيع الغرر ولأنه مبيع مجهول والمستثنى منه مجهول فلم يصح كما لو قال إلا شاة مطلقة ولأنه مبيع مجهول فلم يصح كما لو قال بعتك شاة نخارها من القطيع ، وضابط هذا الباب أنه لا يصح استثناء مالا يصح بيعه مفرداً أو بيع ما عداه مفرداً من المستثنى ، ونحو هذا مذهب أبي حنيفة والشافعي إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة وجلدها للأثر الوارد فيه والحمل على رواية الجواز لفعل ابن عمر وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

(فصل) وإن باع حيواناً مأكلاً واستثنى رأسه وجلده وأطرافه وسواقطه صح نص عليه أحمد وقال مالك يصح في السفر دون الحضر لأن المسافر لا يمكنه الاتقاء بالجلد والسواقط فحوز له شراء اللحم دونها ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز لأنه لا يجوز أفراده بالعقد فلم يحجز استثناءه كالحمل ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التثنية إلا أن تعلم وهذه معلومة وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن فهيرة مروا براعي غنم فذهب أبو بكر وعامر فاشتريا منه شاة وشرط له سلبها ، وروى أبو بكر في الشافي بإسناده عن جابر عن الشعبي قال قضى زيد بن ثابت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقرة باعها رجل واشترط رأسها فقضى بالشروع يعني أن يعطى رأساً مثل رأس ، ولأن المستثنى والمستثنى منه معلومان فصح كالرباع حائطاً واستثنى منه نخلة معينة ، وكونه لا يجوز أفراده بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأخير لا يجوز أفرادها بالبيع بشرط التبقية ويجوز استثناءها ، والحمل مجهول ولنا فيه منع فإن امتنع المشتري من ذبحه لم يجز عليه ويلزمه قيمة ذلك على التقريب نص عليه لما روي عن علي رضي الله عنه أنه قضى في رجل اشترى ناقه وشرط

وكذلك إذا باعها ولم يشترط بقية ولا قطعاً ، وبه قال مالك والشافعي وأجازوه أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي القطع فحمل عليه كما لو اشترطه قالوا : ومعنى النهي أن يبيعها مدركة قبل إدراكها بدليل قوله في الحديث « أرايت أني منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد

ثنيها فقال اذهبوا الى السوق فاذا بلغت أقصى ثمنها فاعطوه حساب ثنيها من ثمنها
(فصل) فان استثنى شحم الحيوان لم يصح نص عليه احمد قال أبو بكر لا يختلفون عن أبي عبد الله
أنه لا يجوز ذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنا الا ان تعلم ولانه مجهول لا يصح افراده بالبيع
فلم يصح استثناءه كفخذها وان استثنى اللحم لم يصح استثناءه لذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك
واثوري والشافعي وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي واسحاق وأبو ثور لما روى
نافع عن ابن عمر أنه باع جارية واستثنى مافي بطنها ولانه يصح استثناءه في العتق فصح في البيع قياسا عليه
ولنا ما تقدم والصحيح من حديث ابن عمر أنه اعتق جارية واستثنى مافي بطنها لان التقاء الحفاظ
حدثوا الحديث فقالوا اعتق جارية والاسناد واحد قاله أبو بكر ولا يلزم من الصحة في العتق الصحة
في البيع لأن العتق لا ينمى الجهالة ولا المعجز عن التسليم ولا يمتد فيه شروط البيع

(فصل) وان باع جارية حاملا بمجر فقال الماضي لا يصح ، وهو مذهب الشافعي لانه لا يدخل في
البيع فكأنه مستثنى والاولى صحته لان البيع معلوم وجهالة الحمل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا
مستثنى باللفظ وقد يستثنى بالشرع مالا يصح استثناءه باللفظ كما لو باع أمة مزرعة صح ووقعت منفعة
البعض مستثناء بالشرع ولو استثنى باللفظ لم يحز ولو باع أرضا فيها زرع للبائع أو نخلة مؤجرة لوقعت
منفعتا مستثناء مدة بقاء الزرع والثمرة ولو استثنى بقوله لم يحز

(فصل) ولو باع داراً إلا ذراعا وما يملكان ذرعان الدار جاز وكان مستثيا جزء أمشاعا منها لانه جزء
معلوم يصح افراده بالبيع فجاز استثناءه كثلثها ورسمها وان لم يعلم لم يحز لانه مجهول لا يجوز افراده
بالبيع ولانه استثنى معلوم القدر من مبيع معلوم بالمشاهدة فلم يحز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط والقفيز
من الصبرة وهكذا الحكم اذا باعه ضيعة الاجريا فتي علما جربا بار الضيعة صح والا فلا

(فصل) واذا باع سميا واستثنى الكسب لم يحز لانه قد باعه الشيرج في الحقيقة وهو غير معلوم
فانه غير معين ولا موصوف ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنا الا أن تعلم وكذا لو باعه قطنا واستثنى
الحب لم يحز لجهالة ذلك ولان المستثنى غير معلوم ، ولو باعه السمسم واستثنى الشيرج لم يحز كذلك
(فصل) ولو باعه بدينار الا درهما أو الا قفيزاً من خنطة أو شعير لم يصح البيع لأنه قصد
رفع قدر المستثنى من المستثنى منه وقدر ذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا

(مسئلة) قال (واذا اشترى لثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الاول) أن ما هلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع
وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الانصاري ومالك وأبو عبيد وجاعة من أهل الحديث
وبه قال الشافعي في القديم ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن
امراً أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبها الجائحة فسمأته أن يضع عنه فتألى

يتناول معنى هو مقصود في الحال حتى يتصور النع

ولنا النهي المطلق عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فيدخل فيه محل النزاع واستدلهم بسياق
الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن اطلاق العقد يقتضي القطع ويقرر ما قلناه من أن

أن لا يفعل فقال النبي صلى الله عليه وسلم «تألى فلان أن لا يفعل خيراً» متفق عليه ولو كان واجباً لآجره عليه لان التخلية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل ولانه لا يضمه اذا ألمفه آدمي كذلك لا يضمه بالتلاف غيره .

ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ، وعنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان بعث من أخيك عمراً فأصابته جائحة فلا يحمل لك أن تأخذ منه شيئاً لم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » رواه مسلم وأبو داود ولفظه « من باع عمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، على م يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح ولو ثبت لم أعده ولو كنت قائلاً بوضعها لو ضعتها في القليل والكثير (قلنا) الحديث ثابت رواه الأئمة منهم الامام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب وغيرهم عن ابن عيينة عن حميد الاعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم ولا حجة لهم في حديثهم فان فعل الواجب خير فاذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً فأما الاجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعي من غير اقرار من البائع ولا حضور ولا ان التخلية ليست بقبض تام بدليل مالو تاهت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافى في الاجارة بإباحة التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة فانها في شجرها كالمنافى قبل استيفائها توجد حالاً محالاً وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

(الفصل الثاني) أن الجائحة كل آفة لاصم للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش لما روى الساجي باسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة والجائحة تكون في البرد والجراد وفي الحبق والسيل وفي الريح وهذا تفسير من الراوي للآلام التي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع اليه ، وأما ما كان بفعل آدمي فيقال القاضي المشتري بالخيار بين نسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع بيده بخلاف الناظر بالجائحة

(الفصل الثالث) أن ظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها الا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب فلا يلتفت اليه . قال أحمد اني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ثمرة ولا أدري ما التث ولكن اذا كانت جائحة تعرف التث أو الربع أو الخمس توضع . وفيه رواية أخرى أن ما كان بعد دون التث فهو من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لا بد أن يأكل الطير منها وتمثر الريح ويسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد فاصل بين ذلك وبين الجائحة ، والتث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع منها الوصية وعطايا المريض ، وتساوي جراح المرأة جراح الرجل الى التث . قال الاثرم قال أحمد أنهم يستعملون التث في سبع عشرة مسألة ولان التث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية «التث والتث كثير» فبدل هذا على أنه آخر حد الكثرة فلهذا قدر به ، ووجه الاول عموم الاحاديث

اطلاق المقد يقتضي التبقية فيصير المقد المطلق كالذي بشرط فيه التبقية يتناولها الهي جميعا ويصح تعليقها بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة وهلاكها (فصل) ويبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب (احدها) ان يبيعا

(المنفي والشرح الكبير) المبيع الذي لا يكون من ضمان المشتري إلا بعد القبض ٢١٧

فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه فيجب وضه ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً كالتي على وجه الأرض وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الحبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكانه مشروط. إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذهاب فإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن، وأما على الرواية الأخرى فإنه يعتبر ثلث المبلغ وقبل ثلث القيمة فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة التالف كله من الثمن، وإذا اختلفا في الجائحة أو قدر ما تلف فالقول قول البائع لأن الأصل السلامة ولأنه غارم والقول في الأصول قول الغارم.

(فصل) فإن بلغت الثمرة أو أن الجزاز فلم يحجزها حتى اجتاحت فقال القاضي عندي لا يوضع عنه لأنه مفطر بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فامكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها كالمسئلة فيها.

(فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً لأن المعقود عليه منافع الأرض ولم تلف وإنما تلف مال المستأجر فيها فصار كدار استأجرها ليقصر فيها ثياباً فتلفت الثياب فيها.

(مسئلة) قال (وإذا وقع البيع على مكيل أو على موزون أو معدود فتلف قبل قبضه

فهو من مال البائع)

ظاهر كلام الحارثي أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه سواء كان متعيناً كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها وهو ظاهر كلام أحمد ونحوه قول إسحاق، وروي عن عثمان بن عفان وسعيد بن المسيب والحسن والحكم وحامد بن أبي سليمان أن كل ما يبيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه، وقال القاضي وأصحابه المراد بالمكيل والموزون والمعدود ما ليس بمتعين منه كالقفيز من صبرة والرطل من زبرة ومكيلة زيت من دن فأما المتعين في ضمان المشتري كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل، وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم فإنه قال في رواية أبي الحارث في رجل اشترى طعاماً فطلب من يحمله فرجع وقد احترق الطعام فهو من مال المشتري واستدل بحديث ابن عمر: ما أدركت الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المشتري. وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة ولم يسم كيلاً فلا بأس أن يشرك فيها ويبيع ماشاء إلا أن يكون بينهما كيل فلا يولي حتى يكال عليه ونحو هذا قال مالك فإنه قال: ما يبيع

منفردة لغير مالك الأصل فلا يصح وهذا الذي ذكرناه وبيننا بطلانه (الثاني) أن يبيعه مع الأصل فيجوز بالإجماع لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من باع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها لذئبها إلا أن يشترط المبتاع» متفق عليه ولأنه إذا باعها مع الأصل حصصت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال النذر فيها كما

من الطعام مكايلة أو موازنة لم يجز بيعه قبل قبضه ، وما بيع مجازفة أو بيع من غير الطعام مكايلة أو موازنة جاز بيعه قبل قبضه ، ووجه ذلك ما روى الاوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر أنه سمع عبد الله بن عمر يقول: مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المبتاع . رواه البخاري عن ابن عمر من قوله تعليقا وقول الصحابي مضت السنة يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولان المبيع المعين لا يتعلق به حق توفية فكان من مال المشتري كغير المكيل والموزون ، ونقل عن احمد أن المطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه فان الترمذي روى عن أحمد أنه أرخص في بيع مالا يكال ولا يوزن مما لا يؤكل ولا يشرب قبل قبضه وقال الاثرم سألت أبا عبد الله عن قوله نهى عن ربح ما لم يضمن قال هذا في الطعام وما أشبهه من مأكول أو مشروب فلا يبيعه حتى يقبضه ، قال ابن عبد البر الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ففهموه اباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، وروى ابن عمر قال : رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضرّبون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى يؤوه الى رحالهم وهذا نص في بيع المعين وعموم قوله عليه السلام «من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه» متفق عليهما ولمسلم عن ابن عمر قال : كنا نشترى الطعام من الركبان جزا فافهمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى تنقله من مكانه وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاما فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه كما بعد القبض ، وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيبه على المبيع مجازفة بالمنع وهو خلاف قول القاضي وأصحابه ، ويدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يخالفه في ذلك ووجه قول الخرقى أن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكاد يخلو من كونه مكيلا أو موزونا أو معدودا فتعلق الحكم بذلك كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه اراد المكيل والموزون والمعدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه وهذا أظهر دليلا وأحسن . إذا ثبت هذا فانه ان تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بأفة سهاوية بطل العقد ورجع المشتري بالثمن ، وان تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه وكان كالقبض لانه تصرف فيه ، وان أتلفه أجنبي لم يطل العقد على قياس قوله في الجائحة وبثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع فهو كحدوث العيب في يده وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل ان كان مثليا وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ، وان أتلفه البائع فقال أصحابنا الحكم فيه كما لو أتلفه أجنبي لانه أتلفه من يلزمه ضمانه فأشبه ما لو أتلفه أجنبي وقال الشافعي يفسخ العقد ويرجع المشتري بالثمن لا غير لانه تلف بضمنه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتض للضمان سوى حكم العقد بخلاف ما إذا أتلفه فان إتلافه ينتضي الضمان بالمثل وحكم العقد يقتضي الضمان بالثمن فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمين بأيهما شاء .

احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرر مع بيع الشاة وأساسات الحيطان (الثالث) أن يبيعه مفردة لما لك الاصل نحو أن تكون للبائع ولم يشترطها المبتاع فبيعه له بعد ذلك أو يوصي لرجل بشرة نخلة فيبيعهما لورثة الموصي ففيه وجهان (أحدهما) يصح وهو المشهور عن مالك وأحد الوجهين لأصحاب

(فصل) ولو تيب في يد البائع أو تلف بمضه بأمر معاوي فالمشتري غير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن لأنه إن رضيه مبيعاً فكانه اشتري مبيعاً هو عالم بعينه ولا يستحق شيئاً من أجل العيب ، وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن فإذا تيب أو تلف بمضه كان أولى ، وإن تيب بفعل المشتري أو تلف بمضه لم يكن له فسخ لذلك لأنه ألتف ملكه فلم يرجع على غيره ، وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا أن المشتري غير بين الفسخ والرجوع بالثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما ألتف أو عيب ، وقياس قول الشافعي أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ، وإن كان بفعل اجنبي فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن وبين أخذ المبيع ومطالبة التالف بعوض ما ألتف

(فصل) ولو باع شاة بشيء فأكلته قبل قبضه فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو ألتفه ، وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إلتافه له ، وكذلك إن كانت في يد اجنبي فهو كإلتافه فإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي فهو كتلفه بفعل الله تعالى (فصل) ولو اشتري شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام فقبض الشاة أو العبد أو باعها أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الاول دون الثاني ولا يبطل الاخذ بالشفعة لأنه كمل قبل فسخ العقد ، ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة والعبد والشقص بقيمة ذلك لتعذر رده وعلى الشفيع مثل الطعام لأنه عوض الشقص

(مسألة) قال (وما عده فلا يحتاج فيه إلى قبض وإن تلف فهو من مال المشتري)

بني ما عدا المكيل والموزون والمعدود فانه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه ، وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع إلا الدمار وقال الشافعي كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله لأن ابن عباس قال : أرى كل شيء بمنزلة الطعام ولأن التسليم واجب على البائع لأنه في يده فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمكيل والموزون والمعدود . ولنا قول النبي ﷺ « الحراج بالضمآن » وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمانه عليه ، وقول ابن عمر مضت السنة أن ما أركته الصفقة حياً مجموعاً فهو من مال المتاع ولأنه لا يتعلق به حق توفية فهو من ضمانه بعد قبضه فكان من ضمانه قبله كالميراث وتخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له

(فصل) والمبيع بصفة أو رؤية متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المتاع لأنه يتعلق به حق توفية فخرى مجرى المكيل والموزون ، قال أحمد لو اشتري من رجل شيئاً بعينه فأت في يد البائع فهو من مال المشتري إلا أن يطلبه فيمنعه البائع فهو ضامن لقيمته حين عطب ، ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن

الشافعي لأنه يجتمع الأصل والثمره للمشتري أشبه ما لو اشتراها معاً ، ولأنه إذا باعها لملك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على السكال لكونه مالكا لاصولها فصح كيبها مع أصلها (والثاني) لا يصح وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن العقد تناول الثمرة خاصة والفرع فيما تناوله العقد

(فصل) وقض كل شيء بحسبه فان كان مكبلا أو موزونا بيع كبيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة التخلية في ذلك قبض ، وقد روى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التميز لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل فكان قبضه كالعقار . ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا بيعت فكل ، وإذا ابتعت فاكل » رواه البخاري ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري رواه ابن ماجه وهذا فيما بيع كبيلا ، وإن بيع جزا فاقبضه نقله لان ابن عمر قال كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا اشترى وطعاما جزا فان بيعه في مكانه حتى يحولوه وفي لفظ كمن ابتاع الطعام جزا فبيعت علينا من يأمرنا بانتقاله من مكانه الذي ابتاعه الى مكان سواه قبل أن يبيعه ، وفي لفظ : كنا نشترى الطعام من الركبان جزا فاقفنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبيعه حتى ننقله رواه ابن مسعود ، وهذا يبين أن الكيل إما واجب فيما بيع بالكيل ، وقد دل على ذلك أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا سميت الكيل فكل » رواه الاثرم . وإن كان المبيع دراهم أو دنانير فقبضها باليد ، وإن كان ثيابا فقبضها نقلها ، وإن كان حيوانا فقبضه بمشسته من مكانه ، وإن كان مما لا ينقل ويحول فقبضه التخلية بينه وبين مشربه لا حائل دونه ، وقد ذكره الحرق في باب الرهن فقال : إن كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راحته منقولا ، وإن كان مما لا ينقل فقبضه تخلية راحته بينه وبين مرتهنه لا حائل دونه ، ولان القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه الى العرف كالأحراز والتفرق والعادة في قبض هذه الاشياء ما ذكرنا

(فصل) وأجرة الكيال والوزان في المكيل والموزون على البائع لان عليه تقيض المبيع للمشتري والقبض لا يحصل الا بذلك فكان على البائع كما أن على بائع الثمرة سقيها وكذلك أجرة الذي يعد المعدادات ، وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري لانه لا يتناق به حق توفية نص عليه أحمد (فصل) ويصح القبض قبل نقد الثمن وبعده باختيار البائع وبغير اختياره لانه ليس للبائع حبس المبيع على قبض الثمن ولان التسليم من مقتضيات العقد فحق وجد بعده وقع موقعه كقبض الثمن

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اشترى ما يحتاج الى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه)

قد ذكرنا الذي لا يحتاج الى قبض والخلاف فيه وكل ما يحتاج الى قبض اذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه » متفق عليه ، ولانه من ضمان بائعه فلم يجز بيعه كالمسلم ولم أعلم بين أهل العلم خلافا إلا ما حكى عن النبي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر وهذا قول مردود بالسنة والحجة الجامعة على الطعام وأظنه لم يبلغه هذا الحديث ومثل هذا لا يلتفت اليه ، وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين ويروى مثل هذا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وسعيد بن المسيب والحكم وحماد والاوزاعي وإسحاق ، وعن

أصل بمنع الصحة كما لو كانت الاصول لاجنبي ولانها تدخل في عموم النهي بخلاف ما اذا باعها معا فانه مستثنى بالخبر المذكور ، ولان الفرر فيما يتناوله العقد أصل يمنع الصحة ولا يمنع إذا تناوله تبعا فانه يجوز في البايع من الفرر ما لا يجوز في المتبوع كالبن في الضرع والحمل مع الشاة وغيرهما ، وإن باعه الثمرة بشرط

أحمد رواية أخرى لا يجوز بيع شيء قبل قبضه اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وبما روى أبو داود أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث يتباع حتى يحوزها استجار إلى رحلهم ، وروى ابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء الصدقات حتى تقبض ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن أسيد إلى مكة قال «أنهم عن بيع ما لم يقبضوه وعن ربح ما لم يضمنوه» ولأنه لم يتم الملك عليه فلم يحجز بيعه كغير المتعين أو كالمكيل والموزون

ولما روى ابن عمر قال : كنا نبيع الابل بالبيع بالدرهم فنأخذ بدل الدراهم الدنانير ، ونبيعها بالدنانير فنأخذ بدلها الدراهم فسألتنا النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال «لا بأس إذا نفرقها وليس بينكما شيء» وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه وهو أحد الموضين ، وروى ابن عمر أنه كان على بكر صعب - يعني لعمر - فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر «بعينه» فقال هولاك يا رسول الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم «هولاك يا عبد الله بن عمر فاصنع به ما شئت» وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملة ونقده ثمنه ثم وهبه إياه قبل قبضه ، ولأنه أحد نوعي المعقود عليه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالمنافع في الاجارة فانه يجوز له اجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع ، ولأنه مبيع لا يتعلق به حق توفية فصحب بيعه كالمال في يد مودعه أو مضاربه ، فأما أحاديثهم فقد قيل لم يصح منها الا حديث الطعام وهو حجة تأييد مفهومه فان تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يبدل على إباحة ذلك فيما سواه ، وقولهم لم يملك عليه ممنوع فان السبب المقتضي للملك متحقق وأكثر ما فيه يخلف القبض ، واليد ليست شرطاً في صحة البيع بدليل جواز بيع المال المودع والموروث والتصرف في الصداق وعوض الخلع عند أبي حنيفة

(فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه لمعوم الخبر فيه . قال القاضي : ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج الى قبض فلقبه ببلد آخر لم يكن له مطالبته ولا أخذ بدله وان تراضيا لانه مبيع لم يقبض ، فان كان مما لا يحتاج الى قبض جاز أخذ البدل عنه وان كان في سلم لم يحجز أخذ البدل عنه لانه أيضاً لا يجوز بيعه (فصل) وكل عوض ملك بمقد يفسخ بهلاكه قبل القبض لم يحجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا والاجرة وبدل الصالح اذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه كعوض التصرف فيه قبل قبضه كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصالح عن دم العمد وأرش الجنابة وقيمة المتلف لان المطلق للتصرف الملك وقد وجد لكن ما يتوهم فيه غرر الانقاسخ بهلاك المعقود عليه لم يحجز بناء عقد آخر عليه تحرزاً من الغرر وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر اتقى المانع فجاز العقد عليه وهذا قول أبي حنيفة والمهر كذلك عند القاضي وهو قول أبي حنيفة لان العقد لا يفسخ بهلاكه كوقال الشافعي لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين لانه يخفى رجوعه بالتقاض سببه بالردة قبل الدخول أو انقاساخه بسبب من جهة المرأة أو نصفه بالطلاق أو انقاساخه بسبب من غير جهتها وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع وهذا التعليل باطل بما بعد القبض فان قبضه لا يمنع الرجوع

القطع في الحال صح وجهاً واحداً ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط لان الاصل له

(فصل) وإذا باع الزرع الاخضر من غير شرط القطع مع الارض جاز كييع الثمرة مع الاصل وان باعه لملك الارض منفرداً ففيه وجهان علي ما ذكرنا في الثمرة ، واختار أبو الخطاب الجواز

فيه قبل الدخول، وأما ماملك بارث أو وصية أو غنينة وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع وغيره قبل قبضه لأنه غير مضمون بعقد معاوضة فهو كالبيع المقبوض. وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم عن غيرهم خلافهم. وإن كان لانسان في يد غيره ودبعة أو عارية أو مضاربة أو جعله وكيله فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا تخشى انفساخ الملك فيها فجاز بيعها كالتي في يده، وإن كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده لأنه مقبوض معه فأشبهه بيع العارية ممن هي في يده وأما بيعه لغيره فإن كان عاجزاً عن استنقاذه أو ظن أنه عاجز لم يصح شراؤه لأنه معجوز عن تسليمه إليه فأشبهه بيعه إلا بقى والشارد وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع لا يمكن قبضه فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ والامضاء لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه ويثبت له الفسخ للعجز عن القبض فأشبهه مالو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها أو غائباً بالصفة فعجز عن تسليمه (فصل) وإن كان لزيد على رجل طعام من سلم وعليه لمعرو مثل ذلك الطعام سلماً فقال زيد لمعرو اذهب قاقبض الطعام الذي لي من غريمي لنفسك ففعل لم يصح لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل أن يقبضه وهل يصح القبض لزيد؟ على روايتين (إحداها) يصح لأنه أذن له في القبض فأشبهه قبض وكيله (والثانية) لا يصح لأنه لم يجعله نائباً له في القبض فلم يقع له بخلاف الوكيل، فعلى الوجه الأول يصير ملكاً لزيد وعلى الثاني يكون باقياً على ملك المسلم إليه، ولو قال زيد لمعرو احضر اكتبالي منه لا قبضه لك ففعل لم يصح وهل يكون قابضاً لنفسه؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه فصح القبض له كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا إذا قبضه لمعرو صح وإن قال خذ هذا الكيل الذي قد شاهدته فأخذه به صح لأنه قد شاهد كيله وعلمه فلامعنى لا اعتبار كيله مرة ثانية وعنه لا يجزيه وهو مذهب الشافعي لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا داخل فيه ولأنه قبضه بغير كيل أشبهه مالو قبضه جزافاً، ولو قال زيد لمعرو احضرا حتى اكثاله لنفسي ثم تكثاله أنت وفعل صح بغير اشكال، وإن اكثاله زيد لنفسه ثم أخذه عمرو بذلك الكيل الذي شاهده فعلى روايتين، وإن تركه زيد في المكيال ودفعه الى عمرو لفرغه لنفسه صح، وكان ذلك قبضاً صحيحاً لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ولا معنى لابتداء الكيل هنا إذا لا يحصل به زيادة علم، وقال أصحاب الشافعي: لا يصح لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وهذا يمكن القول بموجبه وقبض المشتري له في المكيال جري لصاعيه فيه، ولو دفع زيد الى عمرو دراهم فقال اشترك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا يكون عوضها لمعرو فإن اشترى الطعام بغيرها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي على ما نبين، وإن قال اشتر لي بها طعاماً ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وإن قال اقبضه لنفسك ففعل جاز نص أحمد على نظير ذلك، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت إذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد فاذن له أن يقبض من نفسه، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون

وإن باعه إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط لأن الأصل له فهو كبيع الثمرة لمالك الأصل (فصل) وإذا اشترى قصبلاً من شاعر ونحوه فقطعه ثم نبت فهو لصاحب الأرض لأن المشتري

قابضاً لنفسه من نفسه . ولذا أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا هنا (فصل) وان اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه احتمل أن لا يجوز ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين كرها ان يبيع الرجل من شريكه شيئاً كما يكال أو يوزن قبل أن يقتسماه لانه لم يقبض نصيبه منفرداً فأشبهه غير المقبوض ، ويحتمل الجواز لانه مقبوض لهما يجوز بيعه لاجنبي فجاز بيعه لشريكه كسائر الاموال فان تقاسماه وتفرقا ثم باع احدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله لم يجوز كما لو اشترى من رجل طعاماً فاكتاله وتفرقا ثم باعه لإياه بذلك الكيل، وان لم يتفرقا خرج على الروایتين اللتين تقدمتا

(مسألة) قال (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع)

وجملته ان ما يحتاج الى القبض لا يجوز الشركة تحفيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختص بمثل الثمن الاول فجازت قبل القبض كالاقالة . ولنا أن هذه أنواع بيع فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه فان الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه ولانه تملك لغير من هو في ذمته فأشبهه البيع وفارق الاقالة فانها فسخ للبيع فأشبهت الرد بالمبيع وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفمه أجرة ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المقترة الى القبض لانه غير مقبوض فلا سبيل الى اقباضه (فصل) وأما التولية والشركة فيما يجوز يمه فجازان لانهما نوعان من انواع البيع، وانما اختصا باسماء كما اختص بيع المراجعة والمواضعة باسماء . فاذا اشترى شيئاً فقال له رجل اشركني في نصفه بنصف الثمن فقال اشركتك صح وصار مشتركا بينهما ، وان قال ولي ما اشتريته بالثمن فقال وليتك صح اذا كان الثمن معلوماً فان جهله أحدهما لم يصح كما لو باعه بالرفم ، ولو قال اشركني فيه أو قال الشركة فيه فقال اشركتك أو قال ولي ما اشتريت ولم يذكر الثمن صح اذا كان الثمن معلوماً لان الشركة تقتضي ابتياع جزء منه بقسطه من الثمن والتولية ابتياعه بمثل الثمن فاذا أطلق اسمه انصرف اليه كما لو قال افلني فقال افلتك ، وفي حديث عن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به عبدالله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فينلقاه ابن عمر وابن الزبير فيقولان له اشركنا فان النبي صلى الله عليه وسلم دعاك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الرحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً فقال له رجل اشركني فأشركه انصرف الى نصفه لأنها باطلانها تقتضي التسوية ، فان اشترى اثنان عبداً فأشركا فيه فقال لهما رجل اشركاني فيه فقالا اشركناك احتمل أن يكون له النصف لان اشراكهما لو كان من كل واحد منهما منفرداً كان له النصف فكذلك حال الاجتماع ، ويحتمل أن يكون له الثلث لان الاشتراك يفيد التساوي ولا يحصل التساوي الا بجعله بينهم أثلاثاً وهذا أصح لان اشراك الواحد انما يقتضي

ترك الاصول على سبيل الرفض لما فسقط حقه منها كما يسقط حق صاحب الزرع من السابل التي يدعها ولذلك أيسح التقاطها ، ولو سقط من الزرع حب ثم نبت من العام المقبل فهو لصاحب الارض خص أحمد على هاتين المسألتين ، وما يؤكد هذا ان البائع لو أراد انصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما

النصف لحصول التسوية به وان اشركه كل واحد منهما منفرداً كان له النصف ولكل واحد منهما الربع ، وان قال اشركاني فيه فأشركه أحدهما فعلى الوجه الاول يكون له نصف حصة الذي اشركه وهو الربع وعلى الآخر له السدس لان طلب الشركة منهما يقتضي طلب ثلث مافي يد كل واحد منهما ليكون مساويا لهما فاذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه ، وان قال له أحدهما أشركناك انبنى على تصرف الفضولي فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه على الوجهين ، ولو قال لأحدهما أشركني في نصف هذا العبد فأشركه فان قلنا يقف على الاجازة من صاحبه فأجازه فله نصف العبد ولما نصفه والا فله نصف حصة الذي أشركه ، وان اشترى عبدا فلقبه رجل فقال أشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك فله نصفه ، فان لقبه آخر فقال أشركني في هذا العبد وكان عالما بشركة الاول فله ربع العبد وهو نصف حصة الذي شركة لان طلبه للاشراك رجع الى ماملكه المشاركة وهو النصف فيكون بينهما ، وان لم يعلم بشركة الاول فهو طالب لنصف العبد لا اعتقاده ان العبد كله لهذا الذي طلب منه المشاركة فاذا قال له اشركتك فيه احتمل ثلاثة أوجه (أحدها) ان يصير له نصف العبد كله ولا يبقى للذي شركه شيء لانه طلب منه نصف العبد فأجابه الى ذلك فصار كأنه قال يعني نصف هذا العبد فقال بعتك وهذا قول القاضي (الثاني) أن ينصرف قوله شركتك فيه الى نصف نصيبه ونصف نصيب شريكه فينفذ في نصف نصيبه ويقف في الزائد على اجازة صاحبه على احدى الروايتين لان لفظ الشركة يقتضي بيع بعض نصيبه وسواة المشتري له فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ولا يستحق فيه ما طلب منه (والثالث) أن لا يكون للثاني إلا الربع بكل حال لان الشركة انما تثبت بقول البائع شركتك لان ذلك هو الإيجاب الناقل للملك وهو عالم انه ليس له الا نصف العبد فينصرف إيجابه الى نصف ملكه وعلى هذين الوجهين لطالب الشركة الخيار لانه إما ما طلب النصف فلم يحصل له جميعه الا أن نقول بوقوفه على الاجازة في الوجه الثاني فيجيزه الآخر ويحتمل ان لا تصح الشركة أصلاً لانه طلب شراء النصف فاجيب في الربع فصار بمنزلة ما لو قال يعني نصف هذا العبد فقال بعتك ربه

(فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام فقبض نصفه فقال له رجل يعني نصف هذا القفيز فباعه انصرف الى النصف المقبوض كله لان البيع ينصرف الى ما يجوز له بيعه وهو النصف المقبوض وان قال اشركني في هذا القفيز بنصف الثمن ففعل لم تصح الشركة الا فيما قبض منه فيكون النصف المقبوض بينهما لكل واحد منهما ربه بقسطه من الثمن لان الشركة تقتضي التسوية هكذا ذكره القاضي ، والصحيح ان شاء الله تعالى انه تنصرف الشركة الى النصف كله فيكون تابعاً لما يصح بيعه وما لا يصح فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة فلا يصح في الربع الذي ليس بمقبوض وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين

(فصل) فاما الحوالة فعناء أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض مثل الذي

يفسد الاصول ويقلعها كان له ذلك ولم يملك المشتري منه

(مسألة) فان باعها بشرط القطع ثم تركه المشتري حتى بدا الصلاح واشتد الحب وطالت الحزة وحدثت غمرة أخرى فلم تميز ، أو اشترى غيرة ليأكلها وطباً فأعمرت بطل البيع ، وعنه لا يبطل

اشترأه فيقول لغريمه اذهب فاقبض الطعام الذي اشتريته لنفسك فلا يجوز ذلك لانه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا في الفصل الذي قبل هذه المسئلة

(فصل) اذا كان لرجل في ذمة آخر طعام من قرض لم يحز أن يبيعه من غيره قبل قبضه لانه غير قادر على تسليمه ، ويجوز بيعه ممن هو في ذمته في الصحيح من المذهب لحديث ابن عمر كنا نبيع الابرقة بالبيع بالدرهم فتأخذ مكانها الدنانير . وهذا مذهب الشافعي ، وروي أنه لا يصح كما لا يصح في السلم والاول أولى ، فان اشترأ منه بمسحوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لانه يكون بيع دين بدين فان أعطاه معيماً بما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه بدل الخطئة شعيراً جاز ولم يحز التفرق قبل القبض وان أعطاه معيماً لا يشترط فيه التقابض جاز اتفرق قبل القبض كما لو قال بعثك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل ان لا يجوز لان المبيع في الذمة فلم يحز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وإذا قال رجل لغريمه بعني هذا على أن أفضيك دينك منه ففعل فالشرط باطل لانه شرط أن لا تصرف فيه بغير القضاء وعمل يبطل البيع؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله على الروايتين ، وان قال افضني حتى على أن أبيعك كذا وكذا فالشرط باطل والقضاء صحيح لانه قبضه حقه ، وإن قال افضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا وكذا فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله .

(مسئلة) قال (وليس كذلك الاقالة لانها فسخ وعن أبي عبد الله الاقالة بيع)

اختلفت الرواية في الاقالة فعنه أنها فسخ وهو الصحيح ، واختيار أبي بكر وهو مذهب الشافعي (واثنائية) أنها بيع وهي مذهب مالك لان المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه فلما كان الاول بيعاً كذلك الثاني ، ولانه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالاول وحكي عن أبي حنيفة أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما فلا تثبت أحكام البيع في حقهما بل يجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه ، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقابلا فيه بالشفعة ولنا أن الاقالة هي الدفع والازالة يقال أقالك الله عزتلك أي أزالها قال النبي صلى الله عليه وسلم «من أقال نادماً بيعته أقاله الله عزته يوم القيامة» قال ابن المنذر وفي إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقبل المسلم جميع المسلم فيه دليل على أن الاقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه فلم تكن بيعاً كالاستسقاط ولأنها تقدر بالثمن الاول ، ولو كانت بيعاً لم تقدر به ، ولانه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينقذ به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما كالرد بالعيب والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص ، والاصل اعتبار الحقائق

وبشركان في الزيادة وعنه يتصدقان بها

اختلفت الرواية فمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ثم تركها حتى بدا صلاحها فأنقل عنه حنبل وأبو طالب أن البيع يبطل اختارها الحرفي ، وقال القاضي هي أصح فعلى هذا يرد المشري

(فصل) فان قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبعده ، وقال أبو بكر : لا بد فيها من كيل ثان ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة ، ولنا أنه فسخ للبيع فجاز قبل القبض كالرد بالعيب والتدليس والفسخ بالخيار أو اختلاف المتبايعين ، وفارق العدة قلنا اعتبر للاستبراء والحاجة داعية اليه في كل فرقة بعد الدخول بخلاف مسئلتنا . فان قلنا هي بيع لم يحز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض لأن بيعه من بائنه قبل قبضه لا يجوز كما لا يجوز من غيره ولا يستحق بها الشفعة ان كانت فسخاً لانها رفع للمقد وازالة له ، وليست بمعاوضة فأشبهت سائر الفسوخ ومن حلف لا يبيع فأقال لم يحث ، ولو كانت بيعاً استحققت بها الشفعة وحث الحالف على ترك البيع بفعلها كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء قلنا هي فسخ أو بيع لانها خصت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر أنها تجوز بأكثر من الثمن الاول وأقل منه اذا قلنا إنها بيع كسائر البياعات فان قلنا لا تجوز إلا بمثل الثمن الاول فأقال بأقل منه أو أكثر لم تصح الاقالة وكان الملك باقياً للمشتري وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة أنها تصح بالثمن الاول ويطل الشرط لان لفظ الاقالة اقتضى مثل الثمن والشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاء كسائر الفسوخ ، ولنا أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه البائل فبطل كييع درهم بدرهمين ولان الفصد بالاقالة رد كل حق إلى صاحبه فاذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج المقدر عن مقصوده فبطل كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه ، ويفارق سائر الفسخ لانه لا يعتبر فيه الرضا منهما بل يستقل به أحدهما فاذا شرط عليه شيء لم يلزمه لتمكنه من الفسخ بدونه ، وان شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً لانه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفي مسئلتنا لا تجوز الاقالة الا برضاها وإعما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فاذا أبطلنا شرطه فأت رضاه فبطل الاقالة لعدم رضاه بها .

(مسئلة) قال (ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها)

هذه المسئلة تدل على حكيم (أحدها) اباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم فيه خلافاً وقد نص عليه أحمد ودل عليه قول ابن عمر : كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنحننا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى تنقله من مكانه متفق عليه ، ولانه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالتبائج والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة فان ذلك يشق لكون الحب بعضها على بعض ولا يمكن بسطها حبة حبة ولان الحب تنسأى أجزأؤه في الظاهر فاكنتي برؤية ظاهره بخلاف الثوب فان شمره لا يشق ولم تختلف أجزأؤه ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة لانه علم ما اشترى بأبلغ الطرق وهو الرؤية وكذلك لو قال بعتك نصف هذه الصبرة أو ثلثها أجزأءاً منها معلوماً جاز لان ما جاز بيع جملة جاز بيع بعضها كالحیوان ، ولان جملة معلومة

اشارة إلى البائع ويأخذ الثمن ونقل أحمد بن سعيد أن البيع لا يبطل وهو قول أكثر الفقهاء لان أكثر ما فيه ان المبيع اختلط بغيره فأشبه ما لو اشترى حنطة فأثالت عليها أخرى أو ثوباً فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلاً فرس أو ثوباً حتى صار شعيراً فان أراد به حبة فسد البيع وانهض

بالمشاهدة فكذلك جزؤها : قال ابن عقيل ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الاجزاء فان كانت مختلفة مثل صبرة يقال القرية لم يصح ويحتمل أن يصح لانه يشتري منها جزءاً مشاعاً فيستحق من جيدها ورديتها بقسطه ولا فرق بين الاثمان والتمنات في صحة بيعها جزأاً ، وقال مالك لا يجوز في الاثمان لان لها خطراً ولا يشق وزنها ولا عددها فأشبه الرقيق والثياب ولنا أنه معلوم بالمشاهدة فأشبه التمنات والثقرة والحلي ويبطل بذلك ما قاله ، وأما الرقيق فانه يجوز بيعهم إذا شاهدتم ولم يعدم وكذلك الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها (الحكم الثاني) أنه إذا اشترى الصبرة جزأاً لم يحز له بيعها حتى ينقلها نص عليه أحمد في رواية الاثرم وعنه رواية أخرى له يبيعها قبل نقلها . اختارها القاضي وهو مذهب مالك لانه مبيع متعين لا يحتاج إلى حق توفية فأشبه الثوب الحاضر .

ولنا قول ابن عمر ان كنا لنشتري الطعام من الركبان جزأاً فتمنا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى تنقله من مكانه . وعموم قوله عليه السلام « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه » مع ما ذكرنا من الاخبار ، وروى الاثرم باسناده عن عبيد بن حنين قال : قدم زيت من الشام فاشتريت منه امرأة وفرغت من شرائها فقام الي رجل فأربحنى فيها رحاً فبسطت يدي لأبيعه فاذا رجل يأخذني من خلفي فنظرت فاذا زيد بن ثابت فقال : لا تبعه حتى تنقله الى رحلك فان رسول الله ﷺ أمرنا بذلك فاذا تقرر هذا فان قبضها نقلها كما جاء في الخبر ولان القبض لو لم يمين في الشرع لوجب رده الى العرف كما قلنا في الاحياء والاحراز ، والعادة في قبض الصبرة الثقل

(فصل) ولا يحل لبائع الصبرة أن يغشها بأن يجعها على دكة أو ربوة أو حجر ينقصها أو يجعل الرديء في باطنها أو المبلول ونحو ذلك لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ مر على صبرة من طعام فأدخل يده فنالت أصابعه بلالا فقال « يا صاحب الطعام ما هذا ؟ » قال أصابع السماء يا رسول الله قال « أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ » ثم قال « من غشنا فليس منا » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، فاذا وجد ذلك ولم يكن المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما لانه عيب ، وان بان تحتها حفرة أو بان باطنها خيراً من ظاهرها فلا خيار للمشتري لانه زيادة له ، وان علم البائع ذلك فلا خيار له لانه دخل على بصيرة به وان لم يكن علم فله الفسخ كالباع بعشرين درهما فوزنها بصنجة ثم وجد الصنجة زائدة كان له الرجوع ، وكذلك لو باع بمكيال ثم وجد زائداً ويحتمل أنه لا خيار له لان الظاهر انه باع ما يعلم فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال

(مسألة) قال (ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة)

نص أحمد على هذا في مواضع وكرهه عطاء وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وبه قال مالك واسحاق وروى ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل اهل العلم ينهون عن ذلك ، وعن أحمد أن هذا مكروه غير

وحمل بعض أصحابنا هذا رواية ثالثة فيمن قصد التبقية وإلا لم يفسد ، قال شيخنا : والظاهر أن هذا يرجع إلى ما نقله أحمد بن سعيد فانه يتعين حمل ما نقله أحمد بن سعيد على صحة البيع على من لم يرد حيلة فان أراد الحيلة لم يصح بمحال ، وقد ثبت من مذهب أحمد أن الحيل كلها باطلة ، ووجه الرواية الاولى

محرم فان بكر بن محمد روى عن أبيه أنه سأل عن الرجل يبيع الطعام جزافاً وقد عرف كيله وقلت له إن مالكا يقول اذا باع الطعام ولم يلم المشتري فان أحب أن يرده رده قال هذا تغليظ شديد ولكن لا يعجني اذا عرف كيله الا أن يحبره فان باعه فهو جائز عليه وقد أساء ، ولم ير أبو حنيفة والشافعي بذلك بأساً لانه اذا جاز البيع مع جهلها بمقداره فم العلم من أحدها أولى ؟ ووجه الاول ماروى الاوزاعي أن النبي ﷺ قال « من عرف مبلغ شيء فلا يبعه جزافاً حتى يبينه » قال القاضي ، وقد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام مجازفة وهو يعلم كيله ، والنهي يقتضي التحريم وأيضاً الاجماع الذي نقله مالك ، ولان الظاهر أن البائع لا يعدل الى البيع جزافاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتغريب بالمشتري والغش له ولذلك أثر في عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « من غشنا فليس منا » فصار كالمودلس العيب فان باع ما علم كيله صبرة فظاهر كلام احمد في رواية محمد بن الحكم أن البيع صحيح لازم ، وهو قول مالك والشافعي لان المبيع معلوم لها ولا تغريب من أحدهما فأشبه ما لو علم كيله أو جهلاه ، ولم يثبت ما روي من النهي فيه وإنما كرهه أحمد كراهة تنزيه لاختلاف العلماء فيه ولان استواءهما في العلم والجهل أبعد من التغريب ، وقال القاضي وأصحابه هذا بمنزلة التدليس والغش ان علم به المشتري فلا خيار له لانه دخل على بصيرة فهو كما لو اشترى مصراة يعلم تصريتها ، وان لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيار في الفسخ والامضاء وهذا قول مالك لانه غش وغدر من البائع فصح العقد معه ويثبت للمشتري الخيار ؟ وذهب قوم من أصحابنا الى أن البيع فاسد لانه منهى عنه والنهي يقتضي الفساد (فصل) وان أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلك الكيل فالبيع صحيح ، فان قبضه باكتياله ثم البيع والقبض وان قبضه بغير كيل كان بمنزلة قبضه جزافاً فان كان المبيع باقيا كاله عليه فان كان قدر حقه الذي أخبره به فقد استوفاه ، وإن كان زائداً رد الفضل وان كان ناقصاً أخذ النقص وان كان قد تلف فالقول قول القابض في قدره مع يمينه سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً لان الاصل عدم القبض وبقاء الحق ، وليس للمشتري التصرف في الجميع قبل كيله لان للبائع فيه علة فانه لو زادت كانت الزيادة له ولا يتصرف في أقل من حقه بثبر كيل لان ذلك يمنعه من معرفة كيله ، وان تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له مثل أن يكون حقه قفيزاً فتصرف في ذلك أو في أقل منه بالكيل ففيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه تصرف في حقه بعد قبضه فجاز كما لو كيل له (والثاني) لا يجوز لانه لا يجوز له التصرف في الجميع فلم يجوز له التصرف في البعض كما قبل القبض ، وان قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً فاما ان أعلمه بكيله ثم باعه اياه مجازفة على انه له بذلك الثمن سواء كان زائداً أو ناقصاً لم يجوز لما روى الاثرم باسناده عن الحكم قال : قدم طعام لعثمان على عهد رسول الله ﷺ فقال « اذهبوا بنا الى عثمان نعينه على طعامه » فقام الى جنبه فقال عثمان في هذه الدارة كذا وكذا وابتعتها بكذا وكذا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا سميت الكيل فكل » قال أحمد إذا أخبره البائع ان في كل قارورة منا فأخذ بذلك ولا يكتاله فلا يعجني لقوله لعثمان « اذا سميت الكيل فكل » قيل له انهم يقولون

أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع وقطعه بالاجماع فيبقى فيما عداه على أصل التحريم ، ولان التيقية معنى حرم الشرع اشتراطه لحق الله تعالى فابطل العقد وجوده كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء وترك التقاض فيما يشترط القبض فيه ، ولان

إذا فتح فسد قال فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي؟

(فصل) ولو كال طاماً وآخر ينظر اليه فهل لمن شاهد الكيل شراؤه يغير كيل ثان؟ على روايتين نص عليهما (إحداها) لا يحتاج الى كيل لانه شاهد - دكيه فاشبهه مالو كيل له (والثانية) يحتاج الى كيل لانه بيع فاحتاج الى كيل الاخبار والقياس على البيع الاول ولو كاله البائع المشتري ثم اشتراه منه فكذلك لما ذكرنا في التي قبلها ، ولو اشترى اثنان طعاماً فاكثلاه ثم ابتاع أحدهما حصّة شريكه قبل تفرقهما فقال أحد في رواية حرب : اذا اشترى غلة أو نحوها وحضرها جميعاً وعرفا كيلها فقال أحدهما لشريكه يعني نصيبك وأرباحك فهو جائز وان لم يحضر هذا المشتري الكيل فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبي موسى وفيه رواية أخرى لا بد من كيله ووجهها ما تقدم ، قال القاضي ومعنى الكيل في هذه المسائل أنه يرجع في قدره الى قول القابض اذا كان النقص يسيراً يقع مثله في الكيل والقول قوله مع يمينه ، وان كان لا يقع مثله في الكيل لم يقبل قوله لأننا نتحقق كذبه بخلاف مسائل الفصل الذي قبله لانه لم يكل بحضرته ، والظاهر أنه أراد بالكيل حقيقة دون ما ذكره القاضي ، وقاعدة اعتبار الكيل ما ذكره القاضي وأنه لا يجوز للمشتري التصرف فيه الا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله وان باعنا للتاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز ولم يقتصر الى كيل ثان والقبض فيه بنقله كسائر الصبر

(فصل) قال أحمد في رجل يشتري الجوز فيعد في مكنل ألف جوزة ثم يأخذ الجوز كله على ذلك الميعار قال لا يجوز ، وقال في رجل ابتاع اعكاماً كيلاً وقال للبائس كل لي عكماً واحداً واحداً ما بقي على هذا الكيل أكره هذا حتى يكيلها كلها ، وقال الثوري : كان أصحابنا يكرهون هذا ، وذلك لان ما في العكوم يختلف فيكون في بعضها أكثر من بعض فلا يعلم ما في بعضها بكيل البعض والجوز يختلف عدده فيكون في أحد المكنلين أكثر من الآخر فلا يصح تقديره بالكيل كالا يصح تقدير المكيل بالوزن ولا الموزن بالكيل

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى صبرة دلي ان كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز)

وجملة ذلك أنه إذا قال بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح وإن لم يعلم مقدار ذلك حال العقد ، وهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يصح في قفيز واحد ويطل فيما سواه لان جملة الثمن بمجولة فلم يصح كبيع المتاع برقه . ولنا أن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لاشارته الى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزاتها فيعلم مبلغه فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مراحمة لكل ثلاثة عشر درهما درهم فانه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب كذا ههنا ، ولان المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع فصح كالاصل المذكور ، وقدرروي عن علي رضي الله عنه أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة وجاء النبي ﷺ بالتمر (فصل) ولو قال بعتك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال عشرة أقفزة وهما يعلمان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكي عن داود أنه لا يصح لانه غير مشاهد ولا موصوف ، ولنا أن المبيع مقدر معلوم من

صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وتركها حتى يبدو صلاحها ووسائل الحرام حرام كبيع العينة ، ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمره كلها للبائس ، وعنه أنها يتصدقان بالزيادة قال القاضي هذا مستحب لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة فاستحب الصدقة بها وإلا فالحق أنها للبائع

جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها وما ذكره قياس وهو لا يحتج بالقياس ثم لا يصح فانه اذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع لانه بعضها

(فصل) وإن قال بعثك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح لان من التبعض وكل للعدد فيكون ذلك العدد منها مجهولاً ، ويحتمل أن يصح البيع كما يصح في الاجارة كل دلو بشرة وكل شهر بدرهم ، وإن قال بعثك هذه الصبرة الاخرى بشرة دراهم على أن أزيدك قفيزاً أو أنقصك قفيزاً لم يصح لانه لا يدري أزيده أم ينقصه ، ولو قال على أن أزيدك قفيزاً لم يحز لان القفيز مجهول ولو قال أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعثك هذه وقفيزاً من هذه الاخرى بشرة دراهم وإن قال على أن أنقصك قفيزاً لم يصح لان معناه بعثك هذه الصبرة الا قفيزاً كل قفيز بدرهم وشيء مجهول ، ولو قال بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الاخرى لم يصح لان فضائه الى جهالة الثمن في التفصيل لانه يصير قفيزاً أو شيئاً بدرهم والشيء لا يعرفانه لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان ، ولو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا احتسب به لم يصح للجهالة التي ذكرناها ، وإن كانت الصبرة معلوما قدر قفزاتها لم أقبل هذه عشرة أفقرة بعثك كل قفيز بدرهم على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة أو وصفه بصفة يعلم بها صح لان معناه بعثك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم ، وإن لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وإن أراد أني لا أحسب عليك ثمن قفيز منها صح أيضاً لأنها لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن ، ولو قال على أن أنقصك قفيزاً صح لان معناه بعثك تسعة أفقرة بشرة دراهم وكل قفيز بدرهم وتسع ، وحكي عن أبي بكر أنه يصح في جميع المسائل على قياس قول أحمد لانه يحيز الشرط الواحد ، ولا يصح هذا لان المبيع مجهول فلا يصح بيعه بخلاف الشرط الذي يفضي الى جهالة

(فصل) ولو باع مالا تتساوى أجزاؤه كالارض والثوب والقطيع من النعم ففيه نحو من مسائل الصبر وإن قال بعثك هذه الارض أو هذه الدار أو هذا الثوب أو هذا القطيع بألف صح اذا كان مشاهداً أو قال بعثك نصفه أو ثلثه أو ربعه بكذا صح أيضاً فإن قال بعثك كل ذراع بدرهم أو كل شاة بدرهم صح وإن لم يعلم قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة ، وإن قال بعثك من الثوب كل ذراع بدرهم أو من القطيع كل شاة بدرهم لم يصح لانه مجهول ، وإن باعه شاة من القطيع لم يصح لان شياء القطيع غير متساوية القيم فيفضي ذلك الى التنازع بخلاف القفيز من الصبرة فانه يصح لان أجزائها متساوية ، وإن باعه ذراعاً من الدار أو عشرة أذرع منها يريدان بذلك قدر غير مشاع لم يصح كذلك ، وإن أراد أمشاعاً منها وهما يعلمان عدد ذراتها صح وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يصح لان الذراع عبارة عن بقعة بعينها وموضعه مجهول .

ولنا أن عشرة من مائة عشرها ولو قال بعثك عشرها صح فكذلك اذا قال بعثك عشرة من مائة وما ذكره غير مسلم بل هو عبارة عن قدر كأن المكيال عبارة عن قدر فاذا أضافه الى جملة كان

تبعاً للاصل كسائر نماء المبيع المتصل إذا رد على البائع بفسخ أو بطلان ، ونقل ابن أبي موسى في الارشاد أن البائع والمشتري يشتركان في الزيادة وإن قلنا لا يبطل العقد فقد روي أنها يشتركان في الزيادة لحصولها في ملكها كان الثمرة ملك المشتري والاصل ملك البائع وهو سبب الزيادة وقال القاضي

ذلك جزءاً منها وإن اتفقا على أنها أرادا قدراً منها غير مشاع لم يصح البيع، وإن كانا لا يعلمان ذرعان الدار لم يصح لأن الجملة غير معلومة وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة، وإن قال بعتك من الدار من ههنا إلى ههنا جاز لأنه معلوم وإن قال عشرة أذرع ابتداءً من ههنا إلى ههنا إلى حيث ينتهي الذرع لم يصح لأن الذرع يختلف والموضع الذي ينتهي إليه لا يعلم حال العقد، ولو قال بعتك نصيب من هذه الدار ولا يعلم قدر نصيبه منها أو قال نصيباً منها أو سهماً لم يصح لأنه مجهول وإن علم ذلك صح، وإن قال بعتك نصف داري مما يلي دارك لم يصح نص عليه لأنه لا يدري إلى أين ينتهي فيكون مجهولاً.

(فصل) ولو باعه عبداً من عبيدين أو أكثر لم يصح، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا باعه عبداً من عبيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له صح لأن الحاجة تدعو إليه وإن كانوا أكثر لم يصح لأنه يكثر الضرر، ولنا أن ما يختلف أجزاءه وقيمه لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعاً كالاربعة وما لا يصح بغير شرط الخيار لا يصح بشرطه كالاربعة ولا حاجة إلى هذا فإن الاختيار يمكن قبل العقد ثم ما قالوه يبطل بالاربعة.

(فصل) وحكم الثوب حكم الأرض إلا أنه إذا قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع صح فإن كان مما لا ينقصه القطع قطعاً وإن كان مما ينقصه القطع وشرط البائع أن يقطعه له أو رضي بقطعه هو والمشتري جاز وإن تشاح في ذلك كانا شريكين فيه كما يشتركان في الأرض، وقال القاضي لا يصح لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر فأشبه ما لو باعه نصفاً معيناً من الحيوان، ولنا أن التسليم ممكن ولحق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضي البائع كما لو باعه نصفاً من الحيوان مشاعاً وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكنه تسليمه مفرداً إلا باتلافه وإخراجه عن المالية.

(فصل) إذا قال بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب علي أنه عشرة أذرع فإن أحد عشر ففيه روايتان (أحدهما) البيع باطل لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة وأما باع عشرة ولا المشتري على أخذ البعض وإنما اشترى السكل وعليه ضرر في الشركة أيضاً (والثانية) البيع صحيح وللزيادة للبائع لأن ذلك نقص على المشتري فلا يمنع صحة البيع كالمبيع ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائداً وبين تسليم العشرة، فإن رضي بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيراً وإن أبى تسليمه زائداً فله شتر الخيار بين الفسخ والاخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين (أحدهما) له الفسخ لأن عليه ضرراً في المشاركة (والثاني) لا خيار له لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة فلا يستحق بها الفسخ ولأن هذا الضرر حصل بتغيره وإخاره بخلاف غيره فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري فإن بذلها للبائع للمشتري بضمن أو طلبها المشتري بضمن لم يلزم الآخر القبول لأنها معاوضة يعتبر فيها التراضي منهما فلا يجبر واحد منهما عليها وإن تراضيا على ذلك

الزيادة للمشتري كالمعبد إذا سمن، وحمل قول أحمد يشتركان على الاستحباب والاول أظهر لما ذكرنا فإن الزيادة حصاة من أصل البائع من غير استحقاق تركها فكان له فيها حق بخلاف سمن العبد فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ولا يشبهه ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب، فإنه لا يستحب

جاء ، فان بان تسعة ففيه روايتان (لأحدهما) يطل المبيع لما تقدم (والثانية) البيع صحيح والمشتري بالخيار بين الفسخ والامساك بتسعة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعي ليس له امساكه الا بكل الثمن أو الفسخ بناء على قولهم إن المبيع ليس لمشتريه الا الفسخ أو امساكه بكل الثمن ولنا أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر فكان له امساكه بقسطه من الثمن كالصبرة اذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين وسنين أن المبيع له امساكه واخذ ارشه فان أخذها بقسطها من الثمن فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ لانه انما رضي بيعها بهذا الثمن كله واذا لم يصل اليه كان له الفسخ فان بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ لانه وصل اليه الثمن الذي رضيه فأشبهه ما لو اشترى معيماً فرضيه بجميع الثمن .

(فصل) وان اشترى صبرة على أنها عشرة أقفزة فبانت أحد عشر رد الزائد ولا خيار له ههنا لانه لا ضرر في الزيادة وان بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سمي الكيل في الصبرة لا يكون قبضها الا بالكيل فإذا كالمها فوجدتها قدر حقه أخذها وان كانت زائدة رد الزيادة وان كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين (أحدهما) له الخيار وهو مذهب الشافعي لانه وجد المبيع ناقصاً فكان له الفسخ كغير الصبرة وكنقصان الصفة (والثاني) لا خيار له لان نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من الكيل بخلاف غيره (فصل) إذا باع الادهان في ظروفها جملة ، وقد شاهدها جاز لان أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة وكذلك الحكم في العسل والدبس والحل وسائر المائعات التي لا تختلف ، وان باعه كل رطل بدرهم أو باعه رطلا منها أو أرطالا معلومة يعلم ان فيها أكثر منها أو باعه جزءاً مشاعاً أو أجزاء أو باعه اياه مع الظرف بعشرة دراهم أو بثمان معلوم جاز ، وان باعه السمن والظرف كل رطل بدرهم وهما يعلمان مبلغ كل واحد منهما صح لانه قد علم المبيع والثمن فان لم يعلم ذلك جاز أيضاً لانه قد رضي ان يشتري الظرف كل رطل بدرهم وما فيه كذلك فأشبهه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن وفي الآخر زيت كل رطل بدرهم ، وقال القاضي لا يصح لان وزن الظرف يزيد وينقص فيدخل على غرضه والاول أصح لان بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك فكذلك إذا جمعهما كالارض المختلفة الأجزاء والياب وغيرها ، وأما ان باعه كل رطل بدرهم على أن يزن الظرف فيحسب عليه بوزنه ولا يكون مبيعاً وهما يعلمان زنة كل واحد منهما صح لانه إذا علم ان الدهن عشرة والظرف رطلا كان معناه بعته عشرة أرطال باثني عشر درهما ، وان كانا لا يعلمان زنة الظرف والدهن لم يصح لانه يؤدي الى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتها جميعاً أو زنة أحدهما لذلك

(فصل) وإن وجد في ظرف السمن ربا فقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق : ان كان سمانا عنده سمن أعطاه بوزنه سماناً ، وان لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، والزمه شريح بقدر الرب سماناً بكل حال وقال الثوري إن شاء أخذ الذي وجدته ولا يكلف أن يعطيه بقدر الرب

للبائع أن يأخذ من المشتري ما لا يستحقه ، بل ذلك حرام عليه فكيف يستحب وعن أحمد أنهما يتصدقان بالزيادة وهو قول الثوري ومحمد بن الحسن لان عين المبيع زاد بجهة محظورة ، قال الثوري إذا اشترى قصيلاً يأخذ رأس ماله ويتصدق بالباقي ، ولان الامر اشتبه في هذه الزيادة فكان

سمنا . ولنا أنه وجد المبيع المكمل ناقصاً فأشبهه ما لو اشترى صبرة فوجد تحتها ربوة أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة فبانت تسعة ، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن ، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا سواء كان موجوداً عنده أو لم يكن ، فان تراضيا على اعطائه سمنا جاز والله أعلم

﴿ باب المصرة وغير ذلك ﴾

التصرية جمع اللبن في الضرع يقال صرى الشاة وصرى اللبن في ضرع الشاة بالتشديد والتخفيف ويقال صرى الماء في الحوض وصرى الطعام في فيه وصرى الماء في ظهره إذا ترك الجماع وأنشداً أبو عبيدة رأيت غلاماً قد صرى في فقرته ماء الشباب عفتواف شرته

وماء صرى وصر إذا طال استنقاعه قال البخاري أصل التصرية حبس الماء يقال صريت الماء ويقال للمصرة المحفلة وهو من الجمع أيضاً ، ومنه سميت مجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تصروا » وقوله « من غشنا فليس منا » وروى ابن ماجه في سننه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « بيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم » رواه ابن عبد البر ولا يحل خلافة لمسلم

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا اشترى مصرة وهو لا يعلم فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها

وصاعاً من تمر)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (الأول) أن من اشترى مصرة من بهيمة الانعام لم يعلم تصريتها ثم علم فله الخيار في الرد والامساك روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه لا خيار له لأن ذلك ليس بعيب بدليل أنه لو لم تكن مصرة فوجدها أقل لبناً من أمثالها لم يملك ردها والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار كما لو علقها فانفتح بطنها فظن المشتري أنها حامل ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تصروا الا بل والغنم فمن ابتاعها بعدفانه بخير النظرين بعد أن يحتلبها ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعاً من تمر » متفق عليه ، وروى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام إن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قنجا » رواه أبو داود ، ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فوجب به الرد كما لو كانت شمطاء فسود شعرها ، وقياسهم يطل بتسويد الشعر فان يابسه ليس بعيب كالكبر ، وإذا دلسه ثبت له الخيار ، وأما اتفاخ البطن فقد يكون من الاكل والشرب فلا معنى لحمله على الحمل ، وعلى أن هذا القياس يخالف النص واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . إذا تقرر هذا قلنا يثبت الخيار بشرط أن

الاولى الصدقة بها ، قال شيخنا : ويشبه ان يكون هذا استجباً لأن الصدقات بالشبهات مستحبة فان أيما الصدقة بها اشتركا فيها والزيادة هي ما بين قيمتها يوم الثراء وقيمتها يوم أخذها ، قال القاضي : ويحتمل أنه ما بين قيمتها قبيل بدو صلاحها وقيمتها بعده لأن الثمرة قبل بدو صلاحها كانت للمشتري

لا يكون المشتري عالماً بالتصيرية فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار ، وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه للخبر ولأن انقطاع اللبن لم يوجد وقد يبقى على حاله فلم يجعل ذلك رضى كما لو تزوجت عينا ثم طلبت الفسخ ولنا أنه اشتراها عالماً بالتدليس فلم يكن له خيار كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد كما لو اشترى معيباً يعلم عيبه وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد لا يعلق عليه حكم والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع ، ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة واستمر على كثرته لم يكن له الرد ، وقال أصحاب الشافعي له الرد في أحد الوجهين للخبر ، ولأن التدليس كان موجوداً حال انعقد فأثبت الرد كما لو نقص اللبن ، ولنا أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ولم يوجد فمتنع الرد ، ولأن العيب لم يوجد ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد فلم يثبت التدليس ، ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ولم يوجد ضرر

(الفصل الثاني) أنه إذا رد لزمه رد بدل اللبن ، وهذا قول كل من جوز ردها وهو مقدر في الشرع بصاع من تمر كما في الحديث الصحيح الذي أورده ، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور ، وذهب مالك وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد لأن في بعض الحديث « ورد معها صاعاً من طعام » وفي بعضها « ورد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً » فجمع بين الأحاديث وجعل تنصيبه على التمر لأنه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح لأنه غالب قوت بلد آخر ، وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن لأنه ضمان متلف فكان مقدراً بقيمته كسائر المتلفات وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعاً من تمر أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة

ولنا الحديث الصحيح الذي أورده وهو المعتمد عليه في هذه المسئلة وقد نص فيه على التمر فقال « إن شاء ردها وصاعاً من تمر » وفي لفظ للبخاري « من اشترى غنماً مصراة فاحتلبها فإن رضىها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاعاً من تمر » وفي لفظ بإسحاق بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « ورد صاعاً من تمر لاسمراء » وفي لفظ له « طعاماً لاسمراء » يعني لا يرد قمحاً والمراد بالطعام ههنا التمر لأنه مطلق في أحد الحديثين مقيد في الآخر في قضية واحدة والمطلق فيها هذا سبيله يحمل على المقيد ، وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحاً ثم قد شك فيه الراوي وخالفته الأحاديث الصحاح فلا يعول عليه ، وقياس أبي يوسف بخلاف النص فلا يلتفت إليه ولا يبعد أن يقدر المشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ودفعاً للتنازع كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن فلذلك أوجبه لوجه ثلاثة (أحدها) أن القيمة هي الأثمان لا التمر (الثاني) أنه أوجب في المصراة من الأبل والغنم جميعاً صاعاً من تمر مع اختلاف لبنها (الثالث) أن لفظه للعموم فيتناول كل مصراة ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعاً وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع لأنه القيمة التي عين الشارع لإيجابها فلا يجوز أن يعدل عنها

بنائها لا حق للبائع فيها ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت والزرع الأخضر إذا أذجن لأنه في معنى الثمرة وهذا إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرها ولم يجعل شرائه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ليتركها حتى يبدو صلاحها ، فإن قصد ذلك فالبيع

ولا قد ثبت هذا فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيداً غير معيب لأنه واجب باطلاق الشارع فيصرف إلى ما ذكرناه كالصاع الواجب في القطرة ولا يجب أن يكون من الاجود بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسم الجيد ، ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة أو أقل أو أكثر نص عليه أحمد وليس هذا جمعاً بين البذل والمبدل لأن التمر بدل اللبن قدره الشرع به كما قدر في يدي العبد قيمته وفي يديه ورجليه قيمته مرتين مع بقاء العبد على ملك سيده ، وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد لأنه بمثابة عين ألتفها فيجب عليه قيمتها

(فصل) وإن علم بالتصرية قبل حليها مثل أن أقر به البائع أو شهد به من تقبل شهادته فله ردها ولا شيء معها لأن التمر إنما وجب بدل اللبن المحتلب ولذلك قال رسول الله ﷺ « من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولم يأخذها لبنا ههنا فلم يلزمه رد شيء معها وهذا قول مالك قال ابن عبد البر هذا مالا خلاف فيه ، وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها رد لبنا ولا يلزمه أيضاً شيء لأن المبيع إذا كان موجوداً فرده لم يلزمه بدله فإن أبي البائع قبوله وطلب التمر لم يكن له ذلك إذا كان بحاله لم يتغير ، وقيل لا يلزمه قبوله لظاهر الخبر ولأنه قد نقص بالحليب وكونه في الضرع أحفظ له ، ولنا أنه قدر على رد المبدل فلم يلزمه البذل كسائر المبدلات مع إبدالها والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن لقوله « ففي حلبتها صاع من تمر » وما ذكرنا من المغني ، وقولهم أن الضرع أحفظ له لا يصح لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام وبقاؤه يضر بالحليوان ، وإن كان اللبن قد تغير ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه قبوله وهذا قول مالك للخبر ولأنه قد نقص بالمحوضة أشبه مالو ألتفه (والثاني) يلزمه قبوله لأن النقص حصل باستعلام المبيع وبتقرير البائع وتسليطه على حليها فلم يمنع الرد كلين غير المصراة

(فصل) وإذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيباً آخر ردها به لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر كما اشترى أعرج فرضي بعيبه ثم أصاب به برصاً وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن لأنه قد جعل عوضاً له فيها إذا ردها بالتصرية فيكون عوضاً له مطلقاً

(فصل) ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها ثم وجد بها عيباً فله الرد ثم إن لم يكن في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري ، وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة فلا شيء فيه لأن مثل هذا لا عبرة به ولا قيمة له في العادة فهو تابع لما حدث ، وإن كان كثيراً وكان قائماً بحاله فهل له رده ؟ يبنى على رد لبن التصرية وقد سبق ، فإن قلنا ليس له رده كان بقاءه كتلفه ، وهل له أن يرد المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتاف منه جزء أو تيب ، والاشهر في المذهب أنه رده فعلى هذا يلزمه رد مثل اللبن لأنه من ذوات الامثال ، والاصل ضمان ما كان من المثليات بمثله إلا أنه خولف في ابن التصرية بالنقص ففيها عداه يبقى على الاصل ولأصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا

باطل من أصله لأنه حيلة محرمة ، وعند أبي حنيفة والشافعي لا حكم للقصد والبيع صحيح وقد ذكرنا ذلك في تحرير الحيل

(فصل) فإن حدثت ثمرة أخرى أو باع شجراً فيه ثمرة لبائع فحدثت ثمرة أخرى ، فإن بمنزلة

(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابنا في مدته فقال القاضي هو مقدر بثلاثة أيام ليس له الرد قبل مضيتها ولا أمسكها بعدها فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الرد، قال وهو ظاهر كلام أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن أبا هريرة روى أن النبي ﷺ قال « من اشترى مصرأة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر » رواه مسلم قالوا فهذا الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية فإنها لا تعرف قبل مضيتها لأنها في اليوم الأول لبنها لبن التصرية وفي الثاني يجوز أن يكون لبنها نقص لتغير المكان واختلاف العلف وكذلك في الثالث، فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية وثبت الخيار على الفور ولا يثبت قبل انقضاءها، وقال أبو الخطاب عندي متى ثبتت التصرية جاز له الرد قبل الثلاثة وبعدها لأنه تدليس يثبت الخيار فلك الرد به إذا تبينه كسائر التدليس، وهذا قول بعض المذنبين فعلى هذا يكون قاعدة التقدير في الخبر بالثلاثة لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً فإن حصل العلم بها أو لم يحصل بها فلا اعتبار به دونها كما في سائر التدليس، وظاهر قول ابن أبي موسى أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهذا قول ابن المنذر وأبي حامد من أصحاب الشافعي وحكاها عن الشافعي نصاً لظاهر حديث رسول الله ﷺ فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلها، وعلى قول القاضي لا يثبت الخيار في شيء منها وإنما يثبت عقبا، وقول أبي الخطاب يسوي بين الأيام الثلاثة وبين غيرها، والعمل بالخبر أولى والقياس ما قال أبو الخطاب لأن الحكم كذلك في العيوب وسائر التدليس

(مسألة) قال (وسواء كان المشتري ناقة أو بقرة أو شاة)

جمهز أهل العلم على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة وشذ داود فقال لا يثبت الخيار بتصرية البقرة لأن الحديث « لا تصروا الإبل والغنم » فدل على أن ما عداها بخلافها ولا لأن الحكم ثبت فيها بالنص والقياس لا تثبت به الأحكام. ولنا عموم قوله « من اشترى مصرأة فهو بالخيار ثلاثة أيام » وفي حديث ابن عمر « من ابتاع محفلة » ولم يفصل، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام أشبه الإبل والغنم، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر لأن لبنها أغزر وأكثر نفعاً، وقولهم إن الأحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ثم هو هنا ثبت بالتنبيه وهو حجة عند الجميع

(فصل) إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن رد مع كل مصرأة صاعاً، وهذا قال الشافعي وبعض أصحاب مالك وقال بعضهم في الجميع صاع واحد لأن رسول الله ﷺ قال « من اشترى غنماً مصرأة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر » ولنا عموم قوله « من اشترى مصرأة - من اشترى محفلة » وهذا يتناول الواحدة ولأن ما جعل عوضاً عن الشيء في صفقتين وجب إذا كان في صفقة واحدة كأرض العيب، وأما الحديث فإن الضمير يسود إلى الواحدة (فصل) فإن اشترى مصرأة من غير بهيمة الأنعام كالامة والأتان والفرس ففيه وجهان (أحدهما)

لكل واحد ثمرة، وإن اختلطتا ولم تميز واحدة منهما ففيها شريكان فيها كل بقدر ثمرة، فإن لم يعلم قدرهما اصطلاحاً عليهما ولا يبطل العقد في ظاهر المذهب لأن المبيع لم يتعذر تسليمه، وإنما احتاط بغيره فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فانتال عليه طعام للبائع أو انتال هو على طعام للبائع ولم يعرف

يثبت له الخيار اختاره ابن عقيل وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قوله « من اشترى مصراً ومن اشترى محفلة » ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به فثبت الخيار كتصرية بهيمة الانعام وذلك أن ابن الأدمية يراد للرضاع ويرغب فيها ظئراً وبحسن ثمنها ولذلك لو اشترط كثرة لبنها فإن بخلافه ملك الفسخ ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشرطه ولا ملك الفسخ بعدمه ولأن الانان والفرس يرادان لودهما (والثاني) لا يثبت به الخيار لأن لبنها لا يتقاض عنه في العادة ولا يقصد قصد لبن بهيمة الانعام والخبر ورد في بهيمة الانعام ولا يصح القياس عليه لأن قصد لبن بهيمة الانعام أكثر واللفظ العام أريد به الخاص بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر ولا يجب في لبن غيرها ولأنه ورد عاماً وخاصاً في قضية واحدة فيحمل العام على الخاص ويكون المراد بالعام في أحد الحدين الخاص في الحديث الآخر، وعلى الوجه الأول إذا ردها لم يلزم بدل لبنها ولا يرد معها شيئاً لأن هذا اللبن لا يباع عادة ولا يعاوض عنه.

(فصل) وكل تدليس يختلف الثمن لأجله مثل أن يسود شعر الجارية أو يجعده أو يحمر وجهها أو يضر الماء على الرحا ويرسله عند عرضها على المشتري يثبت الخيار لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه فثبت الخيار كالتصرية، وبهذا قال الشافعي ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر وقال في تجعده لا يثبت به الخيار لأنه تدليس بما ليس بهيب أشبه ماله سود أنامل العبد ليظنه كاتباً أو حداداً ولأنه تدليس بما يختلف به الثمن أشبه تسويد الشعر وأما تسويد الانامل فليس بمخضع بكونه كاتباً لأنه محتمل أن يكون قد ولع بالدواة أو كان غلاماً لكاتب يصلح له الدواة فظنه كاتباً طمع لا يستحق به فسخاً، فإن حصل هذا من غير تدليس مثل أن اجتمع اللبن في الضرع من غير قصد أو احمر وجه الجارية لحجل أو تعب أو تسود شعرها بشيء وقع عليه فقال القاضي: له الرد أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري والضرر واجب الدفع سواء قصد أو لم يقصد فاشبه العيب، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحرمة وجهها بحجل أو تعب لأنه محتمل ذلك فيتعين ظنه من خلقته الأصلية طمعاً فاشبه شواد أنامل العبد.

(فصل) فإن عاف الشاة فلا خواصرها وظن المشتري أنها حامل أو سود أنامل العبد أو ثوبه يوم أنه كاتب أو حداد أو كانت الشاة عظيمة الضرع خلقة فظن أنها كثيرة اللبن لم يكن له خيار لأن هذا لا يتعين للجهة التي ظنها فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل أو شرب أو غيرها وسواد أنامل العبد قد يكون لولم بالدواة أو لكونه شارحاً في الكتابة أو غلاماً لكاتب فحمله على أنه كاتب من باب الطمع فلا يثبت خياراً

(فصل) وإذا أراد امساك المدلس وأخذ الارش لم يكن له أرش لأن النبي ﷺ لم يجعل له في المصراة ارشاً وإنما خيره في شيئين قال « ان شاء أمسك وان شاء ردها وصاعاً من تمر » ولأن المدلس ليس بهيب فلم يستحق من أجله عوضاً وان تعذر عليه الرد بتأف فعله الثمن لأنه تعذر عليه

قدر كل واحد منهما، ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها فتركها حتى بدا صلاحها فإن العقد يبطل في أظهر الروايتين لكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب نهى وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها وههنا ما ارتكب نهياً ولا يجعل هذا طريقاً إلى فعل المحرم، وفيه

الرد فيما لا أرش له فأشبه غير المدلس وان تعيب عنده قبل العلم بالتدليس فله رده ورد أرش العيب عنده وأخذ الثمن وان شاء أمسك ولا شيء له وان علم بالتدليس فتصرف في المبيع بطل رده كما لو تصرف في المبيع المعيب وان آخر الرد من غير تصرف فحكمه حكم تأخر رد المعيب على ما سذكره ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا اشترى أمة ثيباً فأصابها أو استغلماً ثم ظهر على عيب كان خيراً بين أن يردّها وبأخذ الثمن كاملاً لأن المراج بالضمآن والوطء كالخدمة وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب)

في هذه المسئلة فصول خمسة : (أحدها) أن من علم بسلته عيباً لم يحز بيعاً حتى يبينه للشترى فان لم يبينه فهو آثم نص عليه أحمد لما روى حكيم بن حزام عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «اليمان بالخيار ما لم يتفرقا فان صدقا وبينا بورك لهما وان كذبا وكما عحق بركة بيعهما» متفق عليه وقال عليه السلام «المسلم أخو المسلم لا يبلل مسلم باع من أخيه بيعاً إلا يذنه له» وقال «من باع عيباً لم يبينه لم يزل في مقت الله ولم تزل الملائكة تلعنه» رواهما ابن ماجه وروى الترمذي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من غشنا فليس منا» وقال هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم كرهوا الغش وقالوا هو حرام ، فان باعه ولم يبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة والشافعي وحكي عن أبي بكر عبدالعزیز أن البيع باطل لانه منهى عنه والنهي يقتضي الفساد ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التصرية وصحح البيع ، وقد روي عن أبي بكر أنه قيل له ما تقول في المصرة؟ فلم يذكر جواباً

(الفصل الثاني) أنه متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الإمساك والفسخ سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم لأنهم بين أهل العلم في هذا خلافاً واثبت النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب ولان مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب بدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه اشترى مملوكاً فكتب «هذا ما اشترى محمد بن عبد الله من العداء بن خالد اشترى منه عبداً أو أمة لاداء به ولا غائلة بيع المسلم المسلم» ثبت ان بيع المسلم اقتضى السلامة ولان الاصل السلامة والعيب حادث أو مخالف للظاهر فعند الاطلاق يحمل عليها فتى فانت فانت بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالمعوض وكان له الرد واخذ الثمن كاملاً

(فصل) خيار الرد بالعيب على التراخي فتى علم العيب فأخر الرد لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ذكره أبو الخطاب ، وذكر القاضي شيئاً يدل على ان فيه روايتين (إحداها) هو على التراخي (والثانية) هو على الفور وهو مذهب الشافعي فتى علم العيب فأخر رده مع امكانه بطل خياره

رواية أخرى أنه يبطل ذكرها أبو الخطاب كالمسئلة التي قبلها ، والصحيح الاولى وقد ذكرنا الفرق بينهما ، وقال القاضي : ان كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى قيل لكل واحد اسبح بنصيبك لصاحبك ، فان فعل أحدهما أقررنا العقد وأجبرنا الآخر على القبول لانه يزول به النزاع ، وان

لانه يدل على الرضا به فأسقط خياره كالتصرف فيه، ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كالقصاص ولا نسلم دلالة الامساك على الرضا به

(الفصل الثالث) أنه لا يخلو المبيع من ان يكون بحاله فانه يردده ويأخذ رأس ماله أو يكون قد زاد بعد العقد أو جعلت له فائدة فذلك قسمان (أحدهما) أن تكون الزيادة متصلة كالسمن والكبر والتعلم والحمل قبل الوضع والثمرة قبل التأخير فانه يرددها بنائها لانه يتبع في العقود والفسوخ (القسم الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة وهي نوطان (أحدهما) أن تكون الزيادة من غير عين المبيع كالكسب وهو معنى قوله أو استغلها يعني أخذ غلتها وهي منافعها الحاصلة من جبتها كالخدمة والاجرة والكسب، وكذلك ما يوهب أو يوصى له به فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه لان العبد لو هلك هلك من مال المشتري وهو معنى قوله عليه السلام «الخراج بالضمان» ولا نعلم في هذا خلافاً، وقد روى ابن ماجه عن هشام بن عمار عن مسلم بن خالد عن همام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى عبداً فاستقله ما شاء الله ثم وجد به عيباً فردده فقال يا رسول الله انه استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الخراج بالضمان» ورواه أبو داود والشافعي ورواه سعيد في سننه عن مسلم بهذا الاسناد وقال فيه «الغلة بالضمان» وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم (التنوع الثاني) أن تكون الزيادة من عين المبيع كالولد والثمرة واللبن فهي للمشتري أيضاً ويرد الاصل دونها وبهذا قال الشافعي، وقال مالك ان كان الثاء ثمرة لم يرددها وان كان ولداً رده معها لان الرد حكم فسري الى ولدها كالكتابة، وقال أبو حنيفة الثاء الحادث في يد المشتري يمنع الرد لانه لا يمكن رد الاصل بدونه لانه من موجه فلا يرفع العقد مع بقاء موجه ولا يمكن رده معه لانه لم يتناول العقد. ولنا انه حادث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كما لو كان في يد البائع وكالكسب ولانه مماء منفصل فجاز رد الاصل بدونه كالكسب والثمرة عند مالك، وقولهم ان الثاء موجب العقد غير صحيح انما موجه الملك ولو كان موجباً للعقد لعاد الى البائع بالفسخ، وقول مالك لا يصح لان الولد ليس بمبيع فلا يمكن رده بحكم رد الام ويبطل ما ذكره بنقل الملك بالهبة والبيع وغيرهما فانه لا يسري الى الولد بوجوده في الام وان كان قد نقص فهذا نذكر حكمه ان شاء الله تعالى

(الفصل الرابع) ان كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب فله ردها وليس معها شيء، وروي ذلك عن زيد بن ثابت وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وعثمان البتي وعن أحمد رواية أخرى أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الزهري والثوري وأبو حنيفة واسحاق لان الوطء يجري مجرى الجناية لانه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة أو مال فوجب أن يمنع الرد كما لو كانت بكرأ، وقال شريح والنخعي وسعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يرددها ومعهما أروش. واختلفوا فيه فقال شريح والنخعي نصف عشر ثمنها وقال الشعبي حكومة وقال ابن المسيب عشرة دنانير وقال ابن أبي ليلى مهر مثلها وحكي نحو قوله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وذكره

امتثاعاً فستحنا العقد لتعذر وصول كل واحد منهما الى قدر حقه، وان اشترى ثمرة فحدثت ثمرة أخرى لم نقل للمشتري اسمح بنصيبك لان الثمر كل المبيع فلا يؤمر بتخليته كله ونقول للبائع ذلك فان سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول والا فسخ البيع وهذا مذهب الشافعي، وقال ابن عقيل:

ابن أبي موسى رواية عن أحمد لأنه إذا فسخ صار واطناً في ملك الغير لكون الفسخ رفماً للعقد من أصله . ولنا أنه معنى لا ينقص عنها ولا قيمتها ولا يتضمن الرضا بالعيب فلا يمنع الرد كالاستخدام وكوطء الزوج وما قالوه يبطل بوطء الزوج ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم يكون واطناً في ملك الغير ليس بصحيح لأن الفسخ رفع للعقد من حينه لا من أصله بدليل أنه لا يبطل الشفعة ولا يوجب رد الكسب فيكون ووطؤه في ملكه

(فصل) ولو اشترى مزوجة فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فإن زوجها المشتري فوطئها الزوج ثم أراد ردها بالعيب فإن كان ذلك التكاك باقياً فهو عيب حادث وإن كان قد زال فخكه حكم ووطء السيد ، وقد استحسّن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد وهو محمول على الرواية الأخرى إذ لا فرق بين هذا وبين ووطء السيد ، وإن زنت في يد المشتري ولم يكن عرف ذلك منها فهو عيب حادث حكم العيوب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال لأنه لزمها حكم الزنا في يد المشتري

(الفصل الخامس) أنه إذا اختار المشتري إمساك المغيب وأخذ الارش فله ذلك . وهذا قول اسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي ليس له إلا الإمساك أو الرد وليس له أرش إلا أن يتعذر رد المبيع لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش أو الرد ولأنه يملك الرد فلم يملك أخذ جزء من الثمن كالذي له الخيار

ولنا أنه ظهر على عيب لم يعلم به فكان له الارش كما لو تعيب عنده ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بموضه كما لو اشترى عشرة أفزة فبانت تسعة أو كما لو ألتفه بعد البيع ، فاما المصراة فليس فيها عيب وإنما ملك الخيار بالتدليس لا لقوات جزء . ولذلك لا يستحق أرشاً إذا امتنع الرد عليه . إذا ثبت هذا فعنى أرش العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن فنسبته إلى الثمن نسبة القضان بالعيب من القيمة ، مثاله أن يقوم المغيب صحيحاً بعشرة ومعيباً بتسعة والثمن خمسة عشرة فقد نقصه العيب عشر قيمته فيرجع على البائع بمشر الثمن وهو درهم ونصف وعلة ذلك أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه فقوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قبله من الثمن أيضاً ولأننا لو ضمانه نقص اقيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته فوجد به عيباً ينقصه نصف قيمته مثل أن يشترى به عشرة وقيمه عشرة وعشرون فوجد به عيباً ينقصه عشرة فأخذها حصل له المبيع ورجع بثمنه وهذا معنى قول الحرقى وأبأخذما بين الصحة والعيب وقد نص أحمد على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصري فقال يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد هذا أحسن ما سمعت

(مسألة) قال (وإن كانت بكرأ فأراد ردها كان عليه ما نقصها)

أمل هذا قول لبعض أصحابنا فإني لم أجده معزياً إلى أحمد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي وليس بمذهب لأحمد ولو اشترى خنطة فانتالت عليها أخرى لم يفسخ البيع والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى على ما ذكرناه

يعني الامة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها كان عليه أن يرد معها أرش النقص وعن أحمد في جواز ردها روايتان أحدهما لا يردّها ويأخذ أرش الغيب وبه قال ابن سيرين والزهري والثوري والشافعي وأبو حنيفة واسحاق قال ابن أبي موسى وهو الصحيح عن أحمد، والرواية الثانية يردّها ويرد معها شيئاً وبه قال شريح وسعيد بن المسيب والنخعي والشعبي ومالك وابن أبي ليلى وأبو ثور والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكذا عشرة وثيباً ثمانية رد دينارين لأنه بفسخ العقد يصبر مضمونا عليه بقيمته بخلاف أرش الغيب الذي يأخذه المشتري وهذا قول مالك وأبي ثور، وقال شريح والنخعي يرد عشر ثمنها، وقال سعيد بن المسيب يرد عشرة دنانير وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى، واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عنها وقيمتها فلم يملك ردها كالمو اشتري عبداً فخصه فنقصت قيمته. ولنا أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام فأثبت الخيار كالمبيع الحادث عند البائع قبل القبض

(فصل) وكل مبيع كان معيباً ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالاول فمن أحمد رحمه الله فيه روايتان (أحدهما) ليس له الرد وله أرش الغيب القديم وبه قال الثوري وابن شبرمة والشافعي وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن ابن سيرين والزهري والشعبي لأن الرد ثبت لازالة الضرر وفي الرد على البائع اضرار به ولا يزال الضرر بالضرر (والثانية) له الرد ويرد أرش الغيب الحادث عنده ويأخذ الثمن وإن شاء أمسكه وله الارش وبهذا قال مالك واسحاق وقال النخعي ومحمد ابن أبي سليمان يردّه ونقصان الغيب، وقال الحكم يردّه لم يذكر معه شيئاً

ولنا حديث المصراة فان النبي ﷺ أمر بردها بعد حلها ورد عوض لبنها واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان رضي الله عنه قضى في التوب إذا كان به عوار برده وإن كان قد لبسه، ولأنه عيب حدث عند المشتري فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه وبين أخذ أرش الغيب القديم كالمو كان حدوثه لاستعلام المبيع ولأن العيين قد استويا والبائع قد دلّس به والمشتري لم يدلس فكان رعاية جانبه أولى ولأن الرد كان جائزاً قبل حدوث الغيب الثاني فلا يزول إلا بدليل وليس في المسئلة اجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل وليس لما ذكره أصل فيبقى الجواز بحاله، إذا ثبت هذا فانه يرد أرش الغيب الحادث عنده لأن المبيع بمجملته مضمون عليه فكذلك أجزاؤه، وإن زال الغيب الحادث عند المشتري رده ولا أرش معه على كلتا الروايتين وبه قال الشافعي لأنه زال المانع مع قيام السبب المقضي للرد فثبت حكمه، ولو اشترى أمة فحملت عنده ثم أصابها عيباً فاحمل عيب في الآدميات دون غيرها لأنّه يمنع الوطء ويخاف منه التلف فإن ولدت فالولد للمشتري وإن نقصتها الولادة فذلك عيب أيضاً وإن لم تنقصها الولادة ومات الولد جاز ردها لأنه زال الغيب، وإن كان ولدها باقياً لم يكن له ردها دون ولدها لأن ذلك تفريق بينهما وهو محرم، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في مسائلهما له الفسخ فيها دون ولدها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي ولأنه موضع حاجة فأشبهه مالو ولدت حراً

(فصل) فإن اشترى عربة فتركها حتى أثمرت بطل البيع وهذا قول الحنفي، وعن أحمد أنه لا يبطل وهو قول الشافعي لأن كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت عمراً كبيراً العربية، وكما لو قطها وتركها عنده حتى أثمرت

فانه يجوز بيعها دون ولدها. ولنا عموم قول النبي ﷺ «من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» . ولانه أمكن دفع الضرر بأخذ الارش أو برد ولدها معها فلم يحز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما كالأفالة فيها دون ولدها ، وقولهم ان الحاجة داعية اليه قلنا قد اندفعت الحاجة بأخذ الارش أما إذا ولدت حراً فلا سبيل الى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيع حيواناً غير الآدمي فحدث به حمل عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب لانه زيادة وان علم بالعيب بعد الوضغ ولم تنقصه الولادة فله امساك الولد ورد الام لان التفريق بينهما جائز ولا فرق بين حملها قبل القبض أو بعده ، ولو اشراها حاملاً فولدت عنده ثم اطلع على العيب فردها رد الولد معها لانه من جملة المبيع والزيادة فيه مائة متصل بالمبيع فأشبه ما لو سمنت الشاة فان تلف الولد فهو كتعييب المبيع عنده فان قلنا له الرد فعليه قيمته ان اختار رد الام ، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد وجملة القاضي على أن البائع دلس العيب، وان نقصت الام بالولادة فهو عيب حادث حكمه حكم العيوب الحادثة، ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له وهذا أحد القولين للشافعي فعلى هذا يكون الولد حينئذ للمشتري فلا يلزمه رده ان كان باقياً ولا قيمته ان كان تالفاً والاول هو الصحيح وعليه العمل ان شاء الله تعالى

(فصل) وان كان المبيع كاتباً أو صانفاً فنسي ذلك عند المشتري ثم وجد به عيباً فذلك عيب حادث عند المشتري حكمه حكم غيره من العيوب وعن أحمد يردده ولا يرد معه شيئاً وعلاه القاضي بأنه ليس بنقص في العين ويمكن عوده بالتذكر قال : وعلى هذا لو كان سينا فزل والقياس ما ذكرناه فان الصياغة والكتابة متقومة تضمن في الغصب وتلزم بشرطها في البيع فأشبهت الأعيان والمنافع من السمع والبصر والعقل وامكان العود منتقض بالسن والبصر والحمل ولعل ما روي عن أحمد أراد به إذا دلس البائع العيب

(فصل) وإذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد فان كان المبيع من ضمانه فحكمه حكم العيب القديم وان كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض فأما الحادث بعد القبض فهو من ضمان المشتري ولا يثبت به خيار وهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك عهدة الرقيق ثلاثة أيام فأصابه فيها فهو من ضمان البائع إلا في الجنون والجذام والبرص فان ظهر الى سنة ثبت الخيار لما روى الحسن عن عقبة أن النبي ﷺ جعل عهدة الرقيق ثلاثة أيام وانه اجماع أهل المدينة ولان الحيوان يكون فيه العيب ثم يظهر . ولنا أنه ظهر في يد المشتري ويجوز أن يكون حادثاً فلم يثبت به الخيار كسائر المبيع أو مابعد الثلاثة والسنة وحديثهم لا يثبت قال الامام أحمد : ليس فيه حديث صحيح، وقال ابن المنذر لا يثبت في العهدة حديث صحيح والحسن لم يبق عقبة واجماع أهل المدينة ليس بحجة والداء الكامن لا عبرة به وانما انقص بما ظهر لا بما كمن

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « يأكلها رطباً » ولان شراؤها إنما جاز للحاجة الى أكل الرطب فاذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيمطل العقد ولا فرق بين تركه لغناه عنها أو مع حاجته اليها وتركها لعذر أو لغير عذر للخبر ، ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأتمرت أو شمسها حتى صارت عمراً

(مسئلة) قال (الا أن يكون البائع دلس العيب فيلزمه رد الثمن كاملاً وكذلك سائر المبيع)

معنى دلس العيب أي كتمه عن المشتري مع علمه به أو غطاء عنه بما يوهم المشتري عدمه مشتق من الدلسة وهي الظلمة فكان البائع يستر العيب وكتمانه جعله في ظلمة تخفي عن المشتري فلم يره ولم يعلم به وسواء في هذا ما علم به فكتمه وما ستره فكلها تدليس حرام على ما بيناه فإذا فعله البائع فلم يعلم به المشتري حتى تعيب المبيع في يده فله رد المبيع وأخذ ثمنه كاملاً ولا أرش عليه سواء كان الحادث بفعل المشتري كوطء البكر وقطع الثوب أو بفعل آدمي آخر مثل أن يجني عليه جان أو بفعل العبد كالسرقة والاباق أو بفعل الله تعالى بالمرض ونحوه سواء كان ناقصاً للمبيع أو مذهباً لجميعه. قال أحمد في رحل أشتري عبداً فأبق من يده وأقام البينة أن أباقه كان موجوداً في يد البائع يرجع به على البائع بجميع الثمن الذي أخذته منه لأنه غر المشتري ويتبع البائع عبده حيث كان وهذا يحكى عن الحكم ومالك لأنه غره فيرجع عليه كما لو غره بحرية أمة وظاهر حديث المصراة يدل على أن ما حدث في يد المشتري مضمون عليه سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه فإن التصرية تدليس ولم يسقط عن المشتري ضمان اللبن بل ضمنه بصاع من التمر مع كونه قد نهى عن التصرية وقال «يبيع المحفلات خلافة ولا تحل الخلافة لمسلم» وقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» يدل على أن من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان علة لوجوب الخراج له فلو كان ضمانه على البائع لسكان الخراج له لوجود علته ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولا نعلم في هذا نصاً ولا إجماعاً والقياس إنما يكون على أصل ولا نعلم لهذا أصلاً ولا يشبه هذا التقرير بحرية الأمة في التسكاح لأنه يرجع على من غره وإن لم يكن سيد الأمة وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء.

(فصل) في معرفة العيوب وهي النقائص الموجبة لنقص المالة في عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالة فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف أهل هذا الشأن وهم التجار، فالعيوب في الحلقة كالجنون والجذام والبرص والعمى والعمور والعرج والغفل والقرن والعنق والرتق والقرع والصمم والطرش والحرس وسائر المرض والاصبع الزائدة والثافصة والحول والخص والسبل وهو زيادة في الاجفان والتخثيث وكونه خثي والخصاء والنزوح في الأمة والبحر فيها، وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي ولا أعلم فيه خلافاً. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشتري ولها زوج أنه عيب وكذلك الدين في رقبة العبد إذا كان السيد معسراً، والحجاية الموجبة للقود لأن الرقبة صارت كاللستحقة لوجوب الدفع في الحجاية والبيع في الدين ومستحقة للاتلاف بالقصاص، والزنا والبحر عيب في العبد والأمة جميعاً، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس ذلك بعيب في العبد لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به بخلاف الأمة ولنا أن ذلك ينقص قيمته وماليتها فإنه بالزنا يتعرض لاقامة الحد عليه والتعزير ولا يأمنه سيده

جاز لأنه قد أخذها، فإن أخذ بمضها ربطاً وترك باقها حتى أتم فهل يبطل البيع فيما أتم؟ على وجهين (مسئلة) (وإذا اشتد الحب وبدا الصلاح في الثمر جاز بيعه مطلقاً وبشرط التبقية، وللمشتري بقیته إلى الحصاد والحزاز)

على عائلته وحريمه والبحر يؤذي سيده ومن جالسه وخطبه أو ساره ، وأما السرقة والاباق والبول في الفراش فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ويشرب وحده ، وقال الثوري واسحاق ليس بعيب فيه حتى يحتمل لان الاحكام تتعلق به من التكليف ووجوب الحدود يلوغ فكذاك هذا، ولنا أن الصبي العاقل يتحرز من هذا جادة كتحرز الكبير فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه والسرقة والاباق لحث في طبعه وحد ذلك بالعشر لامر النبي ﷺ بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها والغريق بينهم في المضاجع لبلوغها فاما من دون ذلك فتكون هذه الامور منه لضعف عقله وعدم تثبته وكذلك ان كان العبد يشرب الخمر أو يسكر من التبيذ نص عليه أحمد لانه يوجب عليه الحد فهو كالزنا وكذلك الحلق الشديد والاستطالة على الناس لانه يحتاج الى التأديب وربما تكرر فاقضى الى تلفه، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير لانه منسوب الى فعله، وعدم الحثان ليس بعيب في الصغير لانه لم يفت وقته ولا في الامة الكبيرة وهذا قال الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة هو عيب فيها لانه زيادة ألم فأشبهت العبد، ولنا أنه ليس بواجب في حقها والام فيه يسير لا يخشى منه التلف بخلاف العبد الكبير فأما العبد الكبير فان كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه لان العادة أنهم لا يختنون فصار ذلك معلوماً عند المشتري فهو كذئبهم وان كان مسلماً مولداً فهو عيب فيه لانه يخشى عليه منه وهو خلاف العادة .

(فصل) والثبوت ليس عيباً لان الغالب على الجواني الثبوت فالاطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع ليس بعيب إذ ليس في الحل ما يوجب خلافاً في المالية ولا نقصاً وإنما التحريم مختص به وكذلك الاحرام والصيام لانها يزولان قريباً ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم لهما مخالفاً وكذلك عدة البائن وأما عدة الرجعية فهي عيب لان الرجعية زوجة ولا يؤمن ارتجاعها ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب وحكي عن مالك في الجارية المغنية أن ذلك عيب فيها لأن الغناء محرم ، ولنا أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها فلم يكن عيباً كالصناعة ولا نسلم ان الغناء محرم وان سلمناه فالمحرم استعماله لا معرفته، والعسر ليس بعيب وكان شريح يرد به، ولنا أنه ليس بنقص وعمله باحدى يديه يقوم مقام عمله بالآخرى ، والكفر ليس بعيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب لانه نقص بدليل قول الله تعالى (ولا عبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم)

ولنا أن العبد يكون فيهم المسلم والكافر والاصل فيهم الكفر فالاطلاق لا يقتضي خلاف ذلك وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضي كون الكافر عيباً كما أن المتقي خير من غيره قال الله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وليس عدم ذلك عيباً ، وكونه ولد زنا ليس بعيب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة هو عيب في الجارية لأنها تراد للافراش بخلاف العبد ، ولنا أن النسب في الرقيق غير مقصود بدليل أنهم يشترون مجلوبين غير معروفين بالنسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب لان هذه حرفة فلم يكن فواتها عيباً كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض ليس بعيب

إذا بدا صلاح الثمرة جاز بيعها مطلقاً وبشرط القطع وبشرط التيقن وهو قول مالك والشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز بشرط التيقن إلا أن محمداً قال: إذا تاهى عظمها جاز واحتجوا بان هذا شرط للارتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يحز كما لو اشترط تيقن الطعام في كندوجه

وقال الشافعي هو عيب اذا كان اكبر لان من لا تحيض لا تحمل ، ولنا ان الاطلاق لا يقتضي الحيض ولا عدمه فلم يكن فواته عيبا كما لو كان لغير الكبر .

(فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يمدفده عيبا صح اشراطه وصارت مستحقة يثبت له خيار الفسخ عند عدمها مثل أن يشترط مسلما فيبين كافراً أو يشترط الامة بكراً أو جمعة أو طبخة أو ذات صنعة أو لبن أو أنها تحيض أو يشترط في الدابة أنها هملجة أو في الفهد أنه صيود وما أشبه هذا فتي بان خلاف ما اشترطه فله الخيار في الفسخ والرجوع بالثمن أو الرضا به ولا شيء له لان لم ينهم في هذا خلافاً لانه شرط وصفا مرغوباً فيه فصار بالشرط مستحقاً

فاما ان شرط صفة غير مقصودة فبانت بخلافها مثل أن يشترطها سبطة فبانت جمعة أو جاهلة فبانت عالة فلا خيار له لانه زاده خيراً ، وان شرطها كافرة فبانت مسلمة أو ثيباً فبانت بكرأ فله الخيار لان فيه قصداً صحيحاً وهو أن طالب الكافرة أكثر لصلاحيتها للمسلمين وغيرهم أو ليستريح من تكليفها العبادات وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر أو لبيعها لعاجز عن البكر فقد فات قصده وقيل لا خيار له لان هذين زيادة ، وهو قول الشافعي في البكر واختيار القاضي واستبعد كونه يقصد الثبوبة لعجزه عن البكر وليس هذا يبعد فانه ممكن والاشترط يدل عليه فيصير بالدليل قريباً ، وان شرط الشاة لبوناً صح وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح لانه لا يجوز بيع اللبن في الضرع فلم يحجز شرطه .

ولنا أنه أمر مقصود يتحقق في الحيوان وبأخذ قسطاً من الثمن فصح اشراطه كالصناعة في الامة والهملجة في الدابة وإلما لم يحجز بيعه مفرداً للجهالة والجهالة تسقط فيما كان بيعاً وكذلك لو اشتراها بغير شرط صح بيعها معه وكذلك يصح بيع أساسات الحيطان والنوى في التمر معه وإن لم يحجز بيعها مفردين وإن شرط أنها تحلب كل يوم قدرأ معلوماً لم يصح لتعذر الوفاء به لأن اللبن يختلف ولا يمكن ضبطه ، وان شرطها غزيرة اللبن صح لانه يمكن الوفاء به وان شرطها حاملا صح ، وقال القاضي قياس المذهب أنه لا يصح لان الحمل لاحكم له ولهذا لا يصح اللعان على الحمل ويحتمل أنه ربح .

ولنا أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها فصح شرطه كالصناعة وكونها لبونا وقد يننا فيما قبل أن للحمل حكماً ولذلك حكم النبي صلى الله عليه وسلم في الدية بأربعين خلفه في بطونها أولادها ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ومنع وطء الحبالى المسييات وجعل الله تعالى عدة الحامل وضع حملها وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ومنع من الاقتصاص منها واقامة الحد عليها من أجل حملها وظاهر الحديث المروي في اللعان يدل على أنه لا عنها في حال حملها فاتفق عنه ولدها ، وإن شرط أنها تضع الولد في وقت بعينه لم يصح وجهاً واحداً لانه لا يمكن الوفاء به ، وان شرط أنها لا تحمل لم يصح الشرط لانه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك لا يصح في المرتعات ويصح في غيرها ، ولنا أنه باعياً

ولنا أن نهي النبي ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها يدل بمفهومه على إباحة بيعها بعد بدو صلاحها وانتهى عنه قبل بدو الصلاح عندهم بيعها بشرط التبقية فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية ولا يكون في ذكره فائدة ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة

بشرط البراءة من الحمل فلم يصح كالتفغات ، وان شرطها حائلاً فبانت حاملاً فإن كان ذلك في الامة فهو عيب يثبت الفسخ به وان كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخاً ويحتمل أن يستحق لانه قد يريد لها لسفر أو حمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل ، وان شرط البيض في الدجاجة فقد قيل لا يصح لانه لا علم عليه يعرف به ولم يثبت له في الشرع حكم ، والاولى أنه يصح لانه يعرف بالعادة فأشبهه اشتراط الشاة لبونا ، وان اشترط الهزار أو القمري مصوناً فقال بعض أصحابنا لا يصح وبه قال أبو حنيفة لان سياح الطير يجوز أن يوجد ويجوز ان لا يوجد والاولى جوازه لان فيه مقصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه فأشبهه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد ، وان شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها فقال القاضي لا يصح وهو قول أبي حنيفة لان فيه تعديلاً للحیوان والقصد منه غير صحيح وقال أبو الخطاب يصح لان هذه عادة مستمرة وفيه قصد صحيح لتبليغ الاخبار وحمل الكتب فجري مجرى الصيد في الفهد والهملة في الدابة ، وان شرط في الجارية أنها مقيمة لم يصح لان الغناء مذموم في الشرع فلم يصح اشتراطه كالزنا ، وان شرط في الكلب كونه نطاحاً وفي الديك كونه مقاتلاً لم يصح الشرط لانه منهي عنه في الشرع فجري مجرى الغناء في الجارية ، وان شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح لانه لا يمكن الوفاء به وان شرط كونه يصبح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا

(فصل) ولا يفتقر الرد بالعيب الى رضا البائع ولا حضوره ولا حكم قبل القبض ولا بعده وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه أو حكم حاكم لان ملكه قد تم على الثمن فلا يزول الا برضاه ، ولنا أنه رفع عقد مستحق له فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ولا حضوره كاطلاق ولانه مستحق الرد بالعيب فلا يفتقر إلى رضا صاحبه كقبل القبض

﴿مسئلة﴾ قال (ولو باع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب كان مخيراً بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن أو يأخذ أرش العيب بمقدار ملكه فيها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (منها) أنه إذا اشترى معيياً فباعه سقط رده لانه قد زال ملكه عنه فان عاد اليه فأراد رده بالعيب الاول نظرنا فان كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به فليس له رده لان تصرفه رضا بالعيب وان لم يكن علم بالعيب فله رده على بائعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس له رده الا ان يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم لانه سقط حقه من الرد ببيعته فأشبهه مالو علم بعيبه ، ولنا أنه أمكنه استدراك ظلامته برده فلك ذلك كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم أو كما لو لم يزل ملكه عنه ولا نسلم سقوط حقه وإنما امتنع لعجزه عن رده فاذا عاد اليه زال المانع فظهر جواز الرد كما لو امتنع الرد لفية البائع أو لمعنى سواء وسواء رجع الى المشتري الاول بالعيب

حتى يبدو صلاحها وتأمين الداهية ، وتعليقه بأمن المعاهدة يدل على التيقية لان ما يقطع في الحال لا يخاف الداهية عليه ، واذا بدا صلاح فقد أمنت الداهية فيجب أن يجوز بيعه ببقى لزوال علة المنع ، ولان النقل والتحويل يجب في الممتنع بحكم العرف ، فاذا شرطه جاز كما لو اشترط نقل الطعام من ملك البائع حسب

الاول أو باقالة أوهبة أو شراء ثان أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي إن رجع بغير الفسخ بالميعب الاول فقيه وجهان (أحدهما) ليس له رده لأنه استدرك ظلامته بيبعه ولم يزل بفسخه ، ولنا أن سبب استحقاق الرد قائم وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد كما لو رد عليه بالميعب ، فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الاول فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الاول فله الرد على البائع الثاني ثم لثاني رده عليه وفائدة الرد ههنا اختلاف الثمين فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر

(الفصل الثاني) انه اذا باع الميعب ثم أراد أخذ ارشه فظاهر كلام الخري أنه لا ارش له سواء باعه علما بيبعه أو غير عالم ، وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي لان امتناع الرد كان بفعله فأشبه ما لو أتلّف المبيع ولانه قد استدرك ظلامته بيبعه فلم يكن له ارش كما لو زال العيب ، وقال القاضي ان باعه مع علمه بالميعب فلا ارش له لرضاه به معيّا ، وإن باعه غير عالم بالميعب فله الارش نص عليه أحمد لان البائم لم يوفه ما أوجبه له العقد ولم يوجد منه الرضا به ناقصا فكان له الرجوع عليه كما لو أعتقه وقياس المذهب أن له الارش بكل حال سواء باعه علما بيبعه أو جاهلا به لاتنا خيرناه ابتداء بين رده وإمساه وأخذ الارش بيبعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ولان الارش عوض الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بيبعه ولا رضاه كما لو باعه عشرة أفقرة وسلم اليه تسعة فباعها المشتري وقولهم إنه استدرك ظلامته لا يصح فان ظلامته من البائع ولم يستدركها منه وإنما ظلم المشتري فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحمد في رجوع بائع الميعب بالارش روايتين من غير تفريق بين علم البائع بالميعب وجهله به وعلى قول من قال لا يستحق الارش فإذا علم به المشتري الثاني فرد به أو أخذ أرشه منه فللاول أخذ أرشه ، وهو قول الشافعي اذا امتنع على المشتري الثاني رده بيبع حدث عنده لانه لم يستدرك ظلامته وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به على ما ذكرناه فيما تقدم

(الفصل الثالث) اذا باع المشتري بعض الميعب ثم ظهر على عيب فله الارش لما بقي في يده من المبيع وفي الارش لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما اذا باع الجميع ، وان أراد رد الباقي بحصته من الثمن فالذي ذكره الخري ههنا أن له ذلك وقد نص عليه أحمد ، والصحيح أنه ان كان المبيع عينا واحدة أو عينين ينقصهما التفريق كصراعي باب وزوجي خف أنه لا يملك الرد لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة أو ضرر الشركة وامتناع الاتّفاق بها على الكمال كإباحة الوطء والاستخدام وبهذا قال شريح والشعبي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين ينقصهما التفريق انه لا يجوز رد إحداها دون الأخرى لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى معيّا فمعيّا عنده انه لا يملك رده إلا ان يرد ارش العيب الحادث عنده فلا يجوز ان يرد في مسئلتنا معيّا بيبع الشركة أو نقص القيمة بغير شيء إلا ان يكون الخري اراد ما إذا دلس البائع

العادة وفي هذا انفصال عما ذكرناه ، وكذلك اذا اشتد الحب يجوز بيعه كذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية للنفع من بيعه فيدل على الجواز بعده ، وفي رواية نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحب حتى يشتد ، ولانه اذا اشتد حبه بدا صلاحه فصارت كالمرة اذا بدا صلاحها

المبيع فان ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب على ما ذكرنا فيما مضى، وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق فباع إحداهما ثم وجد بالآخرى عيباً أو علم أنها كانتا معيتين فهل له رد الباقي في ملكه؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصفقة، وقال القاضي المسئلة مبنية على تفريق الصفقة سواء كان المبيع عينا واحدة أو عينين والتفصيل الذي ذكرنا أولى.

(فصل) وإن اشترى عينين فوجد باحداهما عيباً وكانا مما لا ينقصهما التفريق أو مما لا يجوز التفريق بينهما كالولد مع أمه فليس له إلا ردهما جميعاً أو امساكهما وأخذ الارش وإن لم يكونا كذلك ففيها روايتان (احداهما) ليس له إلا ردهما أو أخذ الارش مع امساكهما وهو ظاهر قول الشافعي وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كانا مما ينقصه التفريق (والثانية) له رد المبيع وامساك الصحيح وهذا قول الحارث العكلي والاوزاعي واسحاق وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض لأنه رد المبيع على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع وفارق ما ينقص بالتفريق فإن فيه ضرراً، وإن تلف أحد الميعين أو تعيب أو وجد بالآخر أو بهما عيباً فأراد رده فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف، وإن اختلفا في قيمة التالف فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ولأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والناصب، فأما إن كان الميعان باقين معيين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده فأراد رد أحدهما دون الآخر فقال القاضي ليس له ذلك ولم يذكر فيه سوى المتمن من رد أحدهما والقياس أنها كالتي قبلها إذ لو كان امساك أحدهما مانعاً من الرد فيها إذا كانا معيين لمنع منه إذا كان صحيحاً

(فصل) إذا اشترى اثنان شيئاً فوجداه معيباً أو اشترطا الخيار ففرضي أحدهما ففيه روايتان عن أحمد حكاهما أبو بكر وابن أبي موسى (احداهما) لمن لم يرض التسخ وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي وأبو يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن مالك (والأخرى) لا يجوز له رده وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور لأن المبيع خرج عن ملكه دفعة واحدة غير متشقق فاذا رده مشتركا رده ناقصاً أشبه ما لو تعيب عنده. ووجه الأولى أنه رد جميع ما ملكه بالعقد فجاز كما لو انفرد بشرائه، والشركة إنما حصلت بإيجاب البائع لأنه باع كل واحد منهما نصفها فخرجت عن ملك البائع مشقة بخلاف العيب الحادث (فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضي أحدهما سقط حق الآخر من الرد لأنه لو رد وحده تشققت السلعة على البائع فتضرر بذلك وأما أخرجه عن ملكه إلى واحد غير مشقة فلا يجوز رد بعضها إليه مشقة بخلاف المسئلة التي قبلها فإن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكأنه باع كل واحد منهما نصفها منفرداً فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إياه وههنا بخلافه

(فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً فوجده معيباً فله رده عليهما فإن كان أحدهما غائباً رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين

وإذا اشتد بهض حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه كالشجرة

﴿مسئلة﴾ (ويلزم البائع سقيه إن احتاج إلى ذلك لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة)

وذلك يكون بالسقي فإن قيل فلم قلتم إنه إذا باع الأصل وفيه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها

كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أو الموكل نص أحمد على قريب من هذا فان أراد رد نصيب أحدها وأمسك نصيب الآخر جاز لانه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص لان المبيع كان مشقوعاً قبل البيع

(فصل) فان اشترى حلي فضة بوزنه دراهم فوجده معيها فله رده وليس له أخذ الارش لافضائه الى التفاضل فيما يجب البائل فيه فان حدث به عيب عند المشتري فعلى إحدى الروايتين يرد به أرض العيب الحادث عنده يأخذ ثمنه ، وقال القاضي لا يجوز له رده لافضائه الى التفاضل فلا يصح لان الرد فسخ للعقد ورفع له فلا تبقى المماوضة وإنما يدفع الارش عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه في ملك صاحبه من غير بيع وكما لو فسخ الحاكم عليه وعلى الرواية الاخرى يفسخ الحاكم البيع ويورد البائع الثمن ويطالب بقيمة الحلي لانه لم يمكن اهلاك العيب ولا أخذ الارش ولا أصحاب الشافعي وجهان كهاتين الروايتين ، وان تلف الحلي فانه يفسخ العقد ويرد قيمته ويسترجع الثمن فان تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ ، وعندني أن الحاكم اذا فسخ وجب رد الحلي وأرش نقصه كما قلنا فيما اذا فسخ المشتري على الرواية الاخرى ، وإنما يرجع الى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز وليس في رده ورد أرشه تفاضل لان المماوضة زالت بالفسخ فلم يبق له مقابل وإنما هذا الارش بمنزلة أرض الجباية عليه ، ولان قيمته اذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى الى التفاضل لان قيمته عوض عنه فلا يجوز ذلك الا أن يأخذ قيمته من غير جنسه ، ولو باع فقيراً بما فيه الربا بمثله فوجد أحدهما بما أخذه عيباً ينقص قيمته دون كيله لم يملك أخذ أرشه لثلاثي يفضي الى التفاضل ، والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدرهم ﴿مسئلة﴾ قال (وان ظهر على عيب بعد اعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الارش)

وجملته أنه اذا زال ملك المشتري عن المبيع بعق أو وقف أو موت أو قتل أو تعذر الرد لاستيلاء ونحوه قبل علمه بالعيب فله الارش وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة لا ارش له لانه زال ملكه بفعل مضمون أشبه البيع

ولنا أنه عيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له الارش كما لو أعتقه ، والبيع لنا فيه منع ومع تسليمه فانه استدرك ظلامته فيه ، وأما الهبة فمن أحد فيها روايتان (إحداهما) أنها كالبيع لانه لم يثبت من إمكان الرد لاحتمال رجوع الموهوب اليه (والثانية) له الارش وهي أولى ولم يذكر القاضي غيرها لانه ما استدرك ظلامته فأشبهه ما لو وقفه ، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الارش عندنا بدليل ما قبل الهبة ، وان أكل الطعام أو لبس الثوب فأنلفه رجع بأرشه وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لانه أهلك العين فأشبهه ما لو قتل العبد . ولنا أنه ما استدرك ظلامته ولا رضي بالعيب فلم يسقط حقه من الارش كما لو تلف بفعل الله تعالى

(فصل) وان فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب ففهو ككلام الخرفي أنه لا أرش له وهو

قلنا لان المشتري ليس عليه تسليم الثمرة لان البائنه لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ملكه عليها بخلاف مسئلتنا ، فان امتنع البائع من السقي لضرر يلحق بالاصل أجبر عليه لانه دخل على ذلك

(فصل) ويجوز لمشتري الثمرة يبيعها في شجرها روي ذلك عن الزبير بن العوام والحسن البصري وأبي

مذهب أبي حنيفة والشافعي وهو قياس قول القاضي لقوله فيمن باع المبيع عالماً بعيبه ليس له أرش لأنه رضي به معيماً بتصرفه فيه مع علمه بعيبه ، وقياس المذهب أن له الارش لأن له امساك المبيع والمطالبة بأرشه وهذا ينزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه ، ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد فكان له الرجوع بأرشه كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه ولأن الارش عوض الجزء الفائت بالعيب فلم يسقط بتصرفه فيما سواه كما لو باعه عشرة أفقزة فأقبضه تسعة فتصرف فيها

(فصل) فإن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيماً وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر وكان الحسن وشريح وعبد الله بن الحسن وابن أبي ليلى والثوري وأصحاب الرأي يقولون إذا اشترى سلعة فعرضها على البيع لزمته ، وهذا قول الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً فاما الارش فقال ابن أبي موسى لا يستحقه أيضاً ، وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الارش قال أحمد أنا أقول : إذا استخدم العبد وأراد نقصان العيب فله ذلك ، فاما أن احتلب اللب الحادث بعد العقد لم يسقط رده لأن اللب له فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك أن ركب الدابة لينظر سيرها أو ليستقيها أو ليردها على بائعها ، وإن استخدم الأمة لبخبرها أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل رده ، فإن كانت سيرة لا تختص الملك لم يبطل الخيار ، قيل لأحمد إن هؤلاء يقولون إذا اشترى عبداً فوجده معيماً فاستخدمه بأن يقول فاولني هذا الثوب يعني بطل خياره فأنكر ذلك وقال من قال هذا أو من أين اخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين ، وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان وكذلك يخرج هنا

(فصل) وإن أبق العبد ثم علم عيبه فله اخذ أرشه فإن اخذه ثم قدر على العبد فإن لم يكن معروف الا باق قبل البيع فقد تعيب عند المشتري فهل يملك رده ورد ارش العيب الحادث عنده والارش الذي اخذه على روايتين ، وإن كان أبقاً فله رده ورد ما اخذه من الارش واخذ منه ، وقال الثوري والشافعي ليس للمشتري أخذ أرشه سواء قدر على رده أو عجز عنه إلا أن يهلك لأنه لم يأنس من رده فهو كما لو باعه ، ولنا أنه معيب لم يرض به ولم يستدرك ظلامته فيه فكان له أرشه كما لو أعتقه وفي البيع استدرك ظلامته بخلاف مسئلتنا (فصل) وإذا اشترى عبداً فأعتقه ثم علم به عيباً فأخذ أرشه فهو له ، وعن أحمد رواية أخرى أنه يجعله في الرقاب وهو قول الشافعي لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله فلا يرجع اليه شيء من بدلها ، ولنا أن العتق إنما صادف الرقبة المعيبة والجزء الذي اخذ بدله ما تناوله عتق ولا كان موجوداً ولأن الارش ليس بدلاً عن العبد إنما هو جزء من الثمن جعل مقابلاً للجزء الفائت فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن فكان له لم يصح العقد فيه ولهذا رجع بقدره من الثمن لا من قيمة العبد وكلام أحمد في الرواية الأخرى يحمل على استحباب ذلك لأعلى وجوبه قال القاضي إنما الروايتان فيما

حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس وعكرمة وأبوسلمة لأنه تبع له قبل قبضه فلم يجز كما لو كان على وجه الارض ولم يقبضه . ولنا أنه يجوز له التصرف فيه فجاز بيعه كما لو قطعه ، وقولهم لم يقبضه ممنوع فإن قبض كل شيء بحسبه وهذا قبضه التخلية وقد وجدت

إذا اعتقه عن كفارته لأنه إذا اعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها كالكتاب إذا أدى من كتابته شيئاً. ولنا أنه ارش عبد اعتقه فكان له كما لو تبرع بعقه

(مسئلة) قال (فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده حلف المشتري وكان له الرد أو الارش)

وجلة ذلك أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين (أحدهما) أن لا يحتمل إلا قول أحدهما كالاصح الزائدة والشجة المندمة التي لا يمكن حدوث مثلها والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً فالقول قول من يدعي ذلك بغير عين لا تأنى نعم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة إلى استحلانته (والثاني) أن يحتمل قول كل واحد منهما كالخرق في الثوب والرفو ونحوهما ففيه روايتان (أحدهما) القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه فكان القول قول من ينفي ذلك كما لو اختلفا في قبض البيع (والثانية) القول قول البائع مع يمينه فيحلف على حسب جوابه إن أجاب أنني بعته بريئاً من العيب حلف على ذلك، وإن أجاب بأنه لا يستحق علي ما يدعيه من الرد حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم، لأن الإيمان كلها على البت لا على نفي فعل الغير وهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأن الأصل سلامة المبيع وصحة العقد ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع وهو ينكره والقول قول المنكر

(فصل) وإذا باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به فله رده على الموكل لأن المبيع يرد بالمبيع على من كان له فإن كان العيب مما يمكن حدوثه فأقر به الوكيل وأنكره الموكل فقال أبو الخطاب يقبل إقراره على موكله بالمبيع لأنه أمر يستحق به الرد فيقبل إقرار الوكيل به على موكله كخيار الشرط، وقال أصحاب أبي حنيفة والشافعي لا يقبل إقرار الوكيل بذلك وهو أصح لأنه إقرار على الغير فلم يقبل كالأجنبي، فإذا رده المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل رده على الموكل لأنه رده بإقراره وهو غير مقبول على غيره ذكره القاضي، فإن أنكره الوكيل فتوجهت اليمين عليه فنكل عنها فرد عليه فيكوله فهل له رده على الموكل؟ على وجهين (أحدهما) ليس له رده لأن ذلك يجري مجرى لإقراره (والثاني) له رده لأنه يرجع إليه بغير اختيار أشبه ما لو قامت به يمينه

(فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ثم قال المشتري إنما هي تيب أريت النساء الثقات، ويقبل قول امرأة ثقة فإن وطئها المشتري وقال ما أصبتها بكراً خرج فيه وجهان بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا في العيب الحادث

(فصل) وإن رد المشتري السلعة بعيب فيها فأنكر البائع كونها سلعته فالقول قول البائع مع يمينه وبه قال أبو ثور وأصحاب الرأي ونحوه قال الأوزاعي فإنه قال فيمن صرف دراهم بدنانير ثم رجم بدرهم

(مسئلة) (وإن تلفت بجائحة من السماء رجع على البائع، وعنه إن أتلقت التلث فصاعداً ضمنه البائع وإلا فلا) كل ما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله قبل أو أن الجزاز من ضمان البائع وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد ومالك وأبو عبيد وجاعة من أهل الحديث وهو قول الشافعي القديم،

فقال الصيرفي ليس هذا درهمي يحاف الصيرفي بالله لقد وفيتك ويبرأ لاز البائع منكر كون هذه سلعة ومنكر لاستحقاق الفسخ والقول قول المنكر ، فأما ان جاء ليرد السلعة بخيار فأنكر البائع أم أسلمته فحكي ابن المنذر عن احمد ان القول قول المشتري وهو قول الثوري واسحاق وأصحاب الرأي لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد والرد بالعيب بخلافه

(مسئلة) قال (وإذا اشترى شيئاً مأكوله في جوفه فكسره فوجده فاسداً فالزم
يكن لمكسوره قيمة كبيض الدجاج رجع بالثمن على البائع وان كان لمكسوره قيمة
كجوز الهند فهو مخير في الرد وأخذ الثمن وعليه أرش الكسر أو يأخذ ما بين صحيحه ومعييه)

وجملة ذلك أنه اذا اشترى ما لا يطلع على عيبه الا بكسره كالبطيخ والرمان والجوز والبيض وكسره فبان عيبه ففيه روايتان (احداهما) لا يرجع على البائع بشيء وهو مذهب مالك لانه ليس من البائع تدليس ولا تفريط لعدم معرفته بعيبه وكونه لا يمكنه الوقوف عليه الا بكسره فخرى مجرى البراءة من العيوب (والثانية) يرجع عليه وهي ظاهر المذهب وقول أبي حنيفة والشافعي لان عقد البيع اقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري ، فاذا بان معيباً ثبت له الخيار ، ولان البائع انما يستحق ثمن المعيب دون الصحيح لانه لم يملكه صحيحاً فلا معنى لاجباب الثمن كله ، وكونه لم يفرض لا يقتضي أن يجب له ثمن ما لم يسلمه بدليل العيب الذي لم يعلمه في العبد . إذا ثبت هذا فان المبيع إن كان بما لا قيمة له مكسوراً كبيض الدجاج الفاسد والرمان الاسود والجوز الحار والبطيخ التالف رجع بالثمن كله لان هذا تبين به فساد العقد من أصله لكونه وقع على ما لا تقع فيه ولا يصح بيع ما لا تقع فيه كالحشرات والميتات وليس عليه أن يرد المبيع الى البائع لانه لا فائدة فيه (الثاني) أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض التمام والبطيخ الذي فيه قعر ونحوه فاذا كسره نظرت فان كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع بدونه فالمشتري مخير بين رده ورد أرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش عيبه وهو قسط ما بين صحيحه ومعييه وهذا ظاهر كلام الحنفي ، وقال القاضي عندي لا أرش عليه لكسره لان ذلك حصل بطريق استعمال العيب والبائع ساطه عليه حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك وهذا قول الشافعي ووجه قول الحنفي أنه نقص لم يمنع الرد فلزم رداً رده كلبن المصراة إذا حلبها والبكر اذا وطئها ، وبهذين الاصلين يبطل ما ذكره فانه لاستعلام العيب ، والبائع سلطه عليه بل هنا أولى لانه تدليس من البائع والتصرية حصلت بتدليسه ، وان كان كسراً يمكن استعمال المبيع بدونه الا أنه لا يتلف المبيع بالكلية فالحكم فيه كالذي قبله في قول الحنفي وهو قول القاضي أيضاً والمشتري مخير بين رده وأرش الكسر وأخذ الثمن وبين أخذ أرش العيب وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، والرواية الثانية ليس له رده وله أرش العيب وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم

وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري لما روي أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : ان ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى أن لا يفعل . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه ، ولو كان واجباً

وان كسره كسراً لا يبق له قيمة فله أرش العيب لا غير لانه أتلفه ، وقدر أرش العيب قسط ما بين الصحيح والمغيب من الثمن فيقوم المبيع صحيحاً ثم يقوم معيباً غير مكسور فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه

(فصل) ولو اشترى ثوباً فنشره فوجده معيباً فان كان مما لا ينقصه النشر رده وإن كان ينقصه النشر كالهسجاني الذي يطوى طاقين ملتصقين جرى ذلك مجرى جوز الهند على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعمال المبيع أو زاد كمنشر من لا يعرف، وإن أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال (فصل) إذا اشترى ثوباً فصبغه ثم ظهر على عيب فله أرشه لا غير وبهذا قال أبو حنيفة وعن أحمد أن له رده وأخذ زيادته بالصنع لأنها زيادة فلا تمنع الرد كالسمن والكسب والاول أولى لان هذا معاوضة فلا يجبر البائع على قبولها كسائر المعاوضات وفارق السمن والكسب فانه لا يأخذ عن السمن عوضاً والكسب المشتري لا يرده ولا يعاوض عنه، وإن قال البائع أنا آخذته وأعطي قيمة الصنع لم يلزم المشتري ذلك، وقال الشافعي ليس للمشتري إلارده لانه أمكنه رده فلم يملك أخذ الارش كما لو سمن عبده أو كسب. ولنا أنه لا يمكنه رده الا برد شيء من ماله معه فلم يسقط حقه من الارش بامتناعه من رده كما لو تعيب عنده وطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث والاصل لا نسلمه فانه يستحق أخذ الارش اذا أراد به بكل حال

(فصل) يصح بيع العبد الجاني سواء كانت الجناية عمداً أو خطأ على النفس ومادونها موجبة للقصاص أو غير موجبة له وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قولي، وقال في الآخر لا يصح بيعه لانه تعلق برقبته حق آدمي فنفع صحة بيعه كالرهن بل حق الجناية أكد لانها تقدم على حق المهرن ولنا أنه حق غير مستقر في الجاني يملك أدائه من غيره فلم يمنع البيع كالزكاة أو حق بثبت بغير رضا سيده فلم يمنع بيعه كالدين في ذمته أو تصرف في الجاني فجاز كالتق، وإن كان الحق قصاصاً فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه فأشبهه المريض، أما الرهن فان الحق متعين فيه لا يملك سيده ابداله ثبت الحق فيه برضاه وثيقة للدين فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه رضاه واختياره، إذا ثبت هذا فتى بابعه وكانت الجناية موجبة للمال أو القود فمفي عنه الى مال فعلى السيد فداؤه باقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه لان للسيد الخيرة بين تسليمه وفدائه فان باعه تعين عليه فداؤه لاجراج العبد من ملكه ولا خيار للمشتري لعدم الضرر عليه إذ الرجوع على غيره ، هذا إذا كان السيد موسراً ، وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزم السيد فداؤه لان أكثر ما فيه أنه التزم فداءه فلا يلزمه ذلك كما لو قال الراهن أنا أقضي الدين من الرهن

ولنا أنه زال ملكه عن الجاني فزمه فداؤه كما لو قتله بخلاف الرهن وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع معسراً لم يسقط حق الجاني عليه من رقبة الجاني لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدماً على حق المشتري وللمشتري

لا جبره عليه ، ولان التخاية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالنقل والتحويل، ولانه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي فكذلك لا يضمنه بالتلاف غير

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح، وعنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

خيار الفسخ ان كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته فان فسخ رجعه بالثمن وان لم يفسخ وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد فأخذها رجعه المشتري بالثمن أيضا لان أرض مثل هذا جميع ثمنه وان كانت غير مستوعبة لرقبته رجعه بقدر أرضه وان كان عالماً بعيبه راضياً بتعلق الحق به لم يرجع بشيء لانه اشترى معيها عالماً بعيبه فان اختار المشتري فداءه فله ذلك والبيع بحاله لانه يقوم مقام البائع في الخبرة بين تسليمه وفدائه وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه ، فان كانت الجناية موجبة للقصاص فالمشتري الخيار بين الرد وأخذ الارش فان اقتصر منه تعين الارش وهو قسط قيمة ما بينه جانباً وغير جان ولا يطل البيع من أصله وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال أبو حنيفة والشافعي يرجع بجميع الثمن لان تلفه كان بمعنى استحق عند البائع فخرى مجرى اتلافه إياه ، ولنا أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن كما لو كان مريضاً فمات بدائه أو مرتداً فقتل برذنه وما ذكره منتقض بما ذكرناه ولا يصح قياسهم على اتلافه لانه لم يتلفه فما اشترى في مقتضى ، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده فقطعت عند المشتري فقد تعيب في يده لان استحقاق القطع دون حقيقته فهل يمنع ذلك رده بعيبه ؟ على روايتين ومتى اشترى عالماً بعيبه لم يكن له رده ولا أرض كسائر المبيعات ، وهذا قول الشافعي .

(فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صححة بيعه وسائر أحكامه المذكورة فيه فان قتله غير متحتم لاحتمال رجوعه إلى الاسلام وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه فان لم يتب حتى قدر عليه فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة لانه عبد قن يصح اعتاقه وملك استخدامه فصح بيعه كغير القاتل ولانه يمكنه الانتفاع به الى حال قتله ويعتقه فينجر به ولاء أولاده فجاز بيعه كالمرضى المأبوس من يرثه ، وقال القاضي لا يصح بيعه لانه تحم قتله وإتلافه وإذهاب ماله من حرم ابقاؤه فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات وهذه المنفعة البسيرة مفضية به الى قتله لا يتمد بها محلا للبيع كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد ثقب أو اطعام كلب والاول أصح فانه كان محلا للبيع والاصل بقاء ذلك فيه وانحتمام اتلافه لا يجعله تالفاً بدليل أن أحكام الحياة من التكليف وغيره لا تسقط منه ولا تثبت أحكام الموت له من ارث ماله وقود وصيته وغيرها ولان خروجه عن حكم الاصل لا يثبت الا بدليل ولا نص في هذا ولا إجماع ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات لان تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ولا في الحال وعلى أن هذا التحم يمكن زواله لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الاقرار وان كان ثبت به أو رجوع البينة ، ولولم يمكن زواله فاكث ما فيه تحقق تلفه وذلك يجعله كالمرضى المأبوس من يرثه وبيعه جائز

﴿مسئلة﴾ قال (ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترطه المبتاع اذا كان

قصده للعبد لا للمال)

«إن بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، ثم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟» رواها مسلم ، ورواه أبو داود ولفظه «من باع ثمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً على ما يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟» وهذا صريح في الحكم فلا يعدل عنه قال الشافعي لم يثبت عندي

وحجة ذلك أن السيد إذا باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به فهو للبائع لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه ولان العبد وماله للبائع فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما، وإن اشترطه المبتاع كان له للخبر وروى ذلك نافع عن ابن عمر عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه وقضى به شريح وبه قال عطاء وطاوس ومالك والشافعي وإسحاق، قال الحرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال هذا منصوص أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبتي ومعناه أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد إنما يقصد بقاء المال لعبده وإقراره في يده فتى كان كذلك صح اشتراطه ودخل في البيع به سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً من جنس الثمن أو من غيره عينا كان أو ديناً وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر، قال البتي: إذا باع عبداً بألف درهم ومعه ألف درهم فاليبيع جائز إذا كان رغبة المبتاع في العبد لافي الدراهم وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبهه أساسات الحيطان والعمود بالذهب في السقوف، فأما إن كان المال مقصوداً بالشراء جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع من العلم به وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يستبر ذلك في العينين المبيعتين لأنه ميسم مقصود فأشبهه ماله ضم إلى العبد عينا أخرى وباعها، وقال القاضي هذا ينبغي على كون العبد ملكاً أو لا يملك فإن قلنا لا يملك فاشترط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهذا مذهب أبي حنيفة، وإن قلنا يملك احتملت فيه الجهة وغيرها مما ذكرنا من قبل لأنه تبع في البيع لا أصل فأشبهه طي الآبار وهذا خلاف نص أحمد. وقول الحرقي لأنها جملة الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره وهو أصح إن شاء الله تعالى، واحتمال الجهة فيه لكونه غير مقصود كما ذكرنا وكاللين في ضرع الشاة المبيعة والحمل في بطنها والصوف على ظهرها وأشبه ذلك فإنه ميسم، ويحتمل فيه الجهة وغيرها لما ذكرنا وقد قيل إن المال ليس بجميع ههنا وإنما استبقاه المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع وهو قريب من الأول

(فصل) وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة رد ماله معه، وقال داود يرد العبد دون ماله لأن ماله لم يدخل في البيع فأشبهه النماء الحادث عنده. ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فيردها بالفسخ كالعبد، ولان العبد إذا كان ذاملاً كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه، فإن تلف ماله ثم أراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري هل يمنع الرد على روايتين، فإن قلنا يردده فعليه قيمة ما تلف، قال أحمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على عيب وقد تلف القناع غرم قيمته بحصته من الثمن (فصل) وما كان على العبد أو الجارية من الحلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا، فاما الثياب فقال أحمد ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري، وإن كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه أو شيئاً يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، يعني إن الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة تدخل في البيع دون

أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح، ولو ثبت عندي لم أعده، ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعها في القليل والكثير: قلنا الحديث ثابت رواه الامام أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم: فاما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن فعل الواجب خير، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى أن لا يفعل

الثياب التي يتجمل بها لان ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه ، ولانها تتعلق بها مصلحته وحاجته إذ لا غناء له عنها فحرت مجرى مفاتيح الدار بخلاف ثياب الجمل فانها زيادة على العادة ولا تتعلق بها حاجة العبد ، وانما يلبسها إياه لينفقه بها وهذه حاجة السيد لا حاجة العبد ولم تجر العادة بالمساحة فيها فحرت مجرى السطور في الدار والدابة التي يركب عليها مع دخولها في الخبر وبقائها على الأصل . وقال ابن عمر : من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشتراها ما عليها إلا أن يشترطه الذي باعها ، وبه قال الحسن والنخعي . ولنا الخبر الذي رواه ابن عمر ، ولان الثياب لم يتناولها لفظ البيع ولا جرت العادة ببيعها معه أشبه سائر مال البائع ، ولانه زينة للمبيع فأشبهه مالو زين الدار ببساط أو ستر

(فصل) ولا يملك العبد شيئاً اذا لم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم ، وقال أهل الظاهر يملك لدخوله في عموم قوله تعالى (خالق لكم ما في الارض جميعاً) وقول النبي ﷺ « من باع عبداً وله مال » فأضاف المال إليه بلام التملك ولنا قوله تعالى (ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء) ولان سيده يملك عينه ومنافعه فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيدته كهيئته ، فأما ان ملكه سيده شيئاً ففيه روايتان (إحداهما) لا يملكه وهو ظاهر قول الحنفي فانه قال : والسيد يزكي عما في يده عبده لانه مالكه ، وقال والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه . وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة والثوري واسحاق والشافعي في الجديد لانه مملوك فلم يملك كالبهيمة (والثانية) يملك وهي أصح عندي وهو قول مالك والشافعي في القديم للآية والخبر ، ولانه آدمي حي فملك كالحر ، ولانه يملك في النكاح فملك في المال كالحر ، ولانه يصح الافرار له فأشبهه الحر ، وما ذكره تعليلاً بالمانع ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الأصل ولم يوجد في البهيمة ما يقتضي ثبوت الملك لها ، وإنها انتفى ملكها لعدم المقتضي له لا لكونها مملوكة وكونها مملوكة عديم الاثر فان سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود والوحوش لا تملك ، وكذلك الجمادات ، واذا بطل كون ما ذكره مانعاً ، وقد تحقق المقتضي لزم ثبوت حكمه والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن باع سلعة بذمينة لم يحز ان يشتريها بأقل مما باعها به)

وجملة ذلك أن من باع سلعة بثمن مؤجل ثم اشتراها بأقل منه نقداً لم يحز في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس وعائشة والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي ، وبه قال أبو الزناد وربيعة وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري والاوزاعي ومالك واسحاق وأصحاب الرأي وأجازوه الشافعي لانه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها فحاز من بائعها كما لو باعها بمثل ثمنها. ولنا ما روى غندر عن شعبة عن أبي اسحاق السبيعي عن امرأته العالية بنت أبيغ بن شرحبيل أنها قالت : دخلت اماً وام ولد زيد بن أرقم وامراته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت ام ولد زيد بن أرقم : اني بست

خيراً ، وانما لم يحجره النبي ﷺ لانه قول بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره ، واما التخلية فليست قبضاً تاماً بدليل مالو تلفت بعطش عند بعضهم ، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الاجارة يباح التصرف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر كذلك الثمرة في شجرها كالمناقم قبل استيفائها تؤخذ حالاً خالاً وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة

غلاما من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ثم اشترته منه بثمانية دراهم فقالت لها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت ابلفي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور ، والظاهر أنها لا تقول مثل هذا التغليظ وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فجري مجرى روايتها ذلك عنه ، ولأن ذلك ذريعة إلى الربا فإنه يدخل السلعة ليستبيح بيع ألف بمائة إلى أجل معلوم ، وكذلك روي عن ابن عباس في مثل هذه المسئلة أنه قال : أرى مائة بخمسين بينها حريرة يعني خرقه حرير جملاها في بيعها والذرائع معتبرة لما قدمناه ، فأما بيعها بمثل الثمن أو بأكثر فيجوز لانه لا يكون ذريعة وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع ، فإن نقصت مثل أن هزل العبد أو نسي صناعة ، أو تحرق الثوب أو يلي جاز له شراؤها بما شاء لأن نقص الثمن لنقص المبيع لا للتوصل إلى الربا ، وإن نقص سعرها أوزاد لذلك أو لمعنى حدث فيها لم يجز بيعها بأقل من ثمنها كما لو كانت بحالها نص أحمد على هذا كله

(فصل) وإن اشترها بمرض أو كان بيعها الأول بمرض فاشترها بنقد جاز وبه قال أبو حنيفة ولا نعلم فيه خلافا لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا ولا ربا بين الأمان والعروض ، فأما إن باعها بنقد ثم اشترها بنقد آخر مثل أن يبيعها بمائتي درهم ثم اشترها بعشرة دنانير فقال أصحابنا يجوز لأنهما جنسان لا يحرم التفاضل بينهما فجاز كالأول فاشترها بمرض أو بمثل الثمن ، وقال أبو حنيفة لا يجوز استحسانا لأنها كالشيء الواحد في معنى الثمنية ، ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول وهذا أصح إن شاء الله تعالى

(فصل) وهذه المسئلة تسمى مسألة العينة . قال الشاعر :

أند أن أم نعتان أم نبري لنا فتي مثل نصل السيف ميزت مضاربه

فقوله نعتان ، أي نشتر عينة مثل ما وصفنا ، وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تباعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر ، ورضيتم بالزرع ، وركبتم الجهاد سلط الله عليكم ذلا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم » وهذا وعيد يدل على التحريم ، وقد روي عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة ، فإن باعه بنقد ونسيئة فلا بأس وقال أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة لا يبيع بنقد ، وقال ابن عقيل إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا فإن الغالب إن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل ، ويجوز أن تكون العينة اسم لهذه المسئلة والبيع بنسيئة جميعا ، لكن البيع بنسيئة ليس بمحرم اتفاقا ولا يكره إلا أن يكون له تجارة غيره

(فصل) وإن باع سلعة بنقد ثم اشترها بأكثر منه نسيئة فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز ذلك إلا إن يغير السلعة لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا فأشبه مسألة العينة ، فإن اشترها بنقد آخر أو بسلعة أخرى أو بأقل من ثمنها نسيئة جاز لما ذكرناه في مسألة العينة ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن بأكثر منه إلا أن يكون ذلك عن مواطاة أو حيلة فلا يجوز ، وإن وقع ذلك اتفاقا من غير قصد

(فصل) والجائحة كل آفة لا صنع لآدمي فيها كإتريج والحر والبرد والعطش لما روى الساجي بإسناده عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجائحة - والجائحة تكون في البرد والحرق في الحريق وفي السيل وفي الريح - وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم فيجب الرجوع إليه ، فأما ما

جاز لان الاصل حل البيع ، وإنما حرم في مسئلة العينة بالاثار الوارد فيه وليس هذا في معناه ولان التوسل بذلك اكثر فلا يلتحق به ما دونه والله أعلم

(فصل) وفي كل موضع قلنا لا يجوز له ان يشترى . لا يجوز ذلك لو كيه لانه قائم مقامه ويجوز غيره من الناس سواء كان اياه او ابنه او غيرها لأنه غير البائع ويشترى لنفسه فأشبهه الأجنبي

(فصل) ومن باع طعاما إلى اجل ، فلما حل الاجل اخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاما قبل

قبضه لم يجز ، روي ذلك عن ابن عمر وسعيد بن المسيب وطاوس وبه قال مالك واسحاق واجازه

جابر بن زيد وسعيد بن جبير وعلي بن حسين والشافعي وابن المنذر واصحاب الرأي ، قال علي بن حسين إذا لم يكن لك في ذلك رأي ، وروي عن محمد بن عبد الله ابن ابي مريم أنه قال : بتت أترأ

من التمارين كل سبعة أصع بدرهم ثم وجدت عند رجل منهم تمرأ يبيعه أربعة أصع بدرهم فاشتريت منه

فسأت عكرمة عن ذلك فقال لا بأس أخذت أنقص مما بتت ، ثم سألت سعيد بن المسيب عن ذلك

وأخبرته بقول عكرمة فقال كذب ، قال عبد الله بن عباس ما بتت من شيء مما يكال بمكيال فلا تأخذ منه

شيئاً مما يكال بمكيال إلا ورقاً أو ذهباً فإذا أخذت ورقك فابتع بمن شئت منه أو من غيره فرجعت

فإذا عكرمة قد طلبني فقال : الذي قلت لك هو حلال هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيب : إن فضل لي

عنده فضل ؟ قال فأعطه أنت الكسر وخذ منه الدرهم . ووجه ذلك أنه ذريعة إلى بيع الطعام بالطعام

نسيئة فحرم كمسئلة العينة ، فعلى هذا كل شئتين حرم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن

الأخر قبل قبض ثمنه إذا كان البيع نساء نص أحمد على ما يدل على هذا ، وكذلك قال سعيد بن

المسيب فيما حكينا عنه ، والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ولا قصد ذلك في ابتداء

العقد كما قال علي بن الحسين فيما يروي عنه عبد الله بن زيد قال : قدمت على علي بن الحسين فقلت

له اني أجد نخلي وأبيع ممن حضرني التمر إلى أجل فيقدمون بالحنطة وقد حل ذلك الاجل فبوقفونها

بالسوق فابتاع منهم وأقاصهم ؟ قال لا بأس بذلك إذا لم يكن منك على رأي ، وذلك لانه اشترى

الطعام بالدراهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الاول ولزومه فصح كما لو كان المبيع الاول حيواناً أو

ثياباً ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا فانه لم يأخذ بالثمن طعاماً ولكن اشترى من المشتري طعاماً

بدرهم وسلمها اليه ثم أخذها منه وفاء أو لم يسلمها اليه لكن قاصه بها كما في حديث علي بن الحسين

(مسئلة) قال (ومن باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ . واه

علم به البائع أو لم يعلم)

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب فروي عنه أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب

وهو قول الشافعي ، وقال ابراهيم والحكم وحامد لا يبرأ إلا عما سمى ، وقال شريح لا يبرأ إلا عما

أراه أو وضع يده عليه ، وروي نحو ذلك عن عطاء والحسن واسحاق لأنه مرفق في البيع لا يثبت

كان بفعل آدمي فقال القاضي بخير المشتري بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين ابقاء عليه ومطالبة

الجاني بالقيمة كالمكيل والموزون إذا أتلفه آدمي قبل القبض لأنه أمكن الرجوع ببذله بخلاف الناقل

بالحاجة إلا أن في إحراق اللصوص ونهب المساكن والحرامية وجوبين ، فان قيل فقد نهى النبي صلى الله

إلا بالشرط فلا يثبت مع الجهل كالخيار (والرواية الثانية) أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ولا يبرأ من عيب علمه ، ويروى ذلك عن عثمان ونحوه عن زيد بن ثابت وهو قول مالك وقول الشافعي في الحيوان خاصة لما روي أن عبد الله بن عمر باع زيد بن ثابت عبداً بشرط البراءة من العيب بثمانمائة درهم فأصاب به زيد عيباً فأراد رده على ابن عمر فلم يقبله فترافعا إلى عثمان ؟ فقال عثمان لابن عمر : تحلف أنك لم تعلم هذا العيب ؟ فقال لا فردده عليه فباعه ابن عمر بألف درهم وهذه قضية اشهرت فلم تسكر فكانت اجماها وروى عن احمد أنه أجاز البراءة من المجهول فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب : روي هذا عن ابن عمر وهو قول أصحاب الرأي وقول الشافعي لما روت أم سلمة ان رجلين اختصما في موارث درست الى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ « استهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منهما صاحبه » فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة ، ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول كالتعلق والطلاق ، ولا فرق بين الحيوان وغيره فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبقى حجة

(فصل) فإن قلنا لا يصح شرط البراءة من العيوب فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب وهو وجه لأصحاب الشافعي لأن ابن عمر باع بشرط البراءة فأجمعوا على صحته ولم ينكروه منكر فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط ويكون وجوده كعدمه ، وعن أحمد في الشروط الفاسدة روايتان (إحداهما) أنها تفسد انعقد فدخل فيها هذا البيع لأن البائع إنما رضي بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فإذا فسد الشرط فانتقض الرضى به فيفسد البيع لعدم التراضي به

(مسألة) قال (ومن باع شيئاً مراجعة فعلم أنه زاد في رأس ماله رجع عليه بالزيادة

وحققها من الربح)

معنى يبيع المراجعة هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال فيقول رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعثك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا تعلم فيه عند أحد كراهة وإن قال بعثك برأس مالي فيه وهو مائة وأربح في كل عشرة درهماً أو قال ده يارده أو ده داورده فقد كرهه أحمد. وقد رويت كراهته عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار ، وقال اسحاق لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يحز كما لو باعه بما يخرج به في الحساب وخصص فيه سعد بن المسيب وابن سيرين وشرح والتخمي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ، ولأن رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة دراهم ، ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نسلم لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعاً من الجهالة والنحرز عنها أولى وهذه كراهة تنزيه والبيع صحيح لما ذكرنا والجهالة يمكن إزالتها بالحساب فلم تنصر كما لو باعه صبرة كل قير بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب فمجهول في الجملة والتفصيل

عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن والثمرة غير مضمونة على المشتري ، فإذا كانت القيمة أكثر من الثمن فقد ربح فيه . قلنا إن المراد بالخبر النهي عن الربح بالبيع بدليل أن المكيل لو زادت قيمته قبل قبضه ثم قبضه جاز ذلك بالاجماع

إذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فنقول متى باع شيئاً برأس ماله وبيع عشرة ثم علم بتبني أو اقرار أن رأس ماله تسعون غالييم صحيح لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب والمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهماً وبهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قولي الشافعي، وقال أبو حنيفة هو غير بين الاخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على المبيع

ولنا انه باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدر آكان مبيعاً به وبالإضافة التي اتفقا عليها والمبيع كذلك عندنا فإن له أخذ الارش ثم المبيع لم يرض به إلا بالثمن المذكور وهنارضي فيه برأس المال والربح المقرر وهل للمشتري خيار؟ فالمنصوص عن أحمد ان المشتري غير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح وبين تركه نقله حنبل، وحكي ذلك قولاً للشافعي لأن المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حافلاً أو وكلاً أو غير ذلك، وظاهر كلام الحارثي انه لا خيار له لأنه لم يذكره، وحكي ذلك قولاً للشافعي لأنه رضى به بمائة وعشرة، فإذا حصل له بتسعة وتسعين فقد زاده خيراً فلم يكن له خيار كما لو اشتراه على انه مبيع فبان صحيحاً أو أمي فبان صانعاً أو كاتباً أو وكل في شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين، وأما البائع فلا خيار له لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك

(فصل) وإذا أراد الاخبار بثمن السلعة فإن كانت بحالها لم تتغير أخبر بثمنها، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري أو اشتراه بعد لزوم العقد لم يجزئه ويخبر بالثمن الاول لاغير، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلحق بالعقد ويخبر به في المراجعة وهذه مسألة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحق بالعقد وأخبر به في الثمن وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ولا أعلم عن غيرهم خلافهم فإن تغير سعرها دونها، فإن غلت لم يلزمه الاخبار بذلك لأنه زيادة فيها، وإن رخصت نقص أحد على أنه لا يلزمه الاخبار بذلك لأنه صادق بدون الاخبار به: ويحتمل أن يلزمه الاخبار بالحال فإن المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن فكما انه تقرير به فإن أخبر بدون ثمنها ولم يبين الحال لم يجز له أن يجمع بين الكذب والتقرير

(فصل) فاما إن تغيرت السلعة فذلك على ضربين (أحدهما) ان تغيرت بزيادة وهي نوعان أحدهما أن تزيد أثمانها كالسمن وتعلم صنعة أو يحصل منها نماء منفصل كالولد والثمرة والكسب فهذا إذا أراد أن يبيعه، ومراجعة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذي اشتراها به، وإن أخذ الثمن المنفصل أو استخدم الأمة أو وطيء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبين الحال، وروى ابن المنذر عن أحمد أنه يلزمه تبين ذلك كله وهو قول إسحاق، وقال أصحاب الرأي في الفلّة يأخذها لا بأس أن يبيع مراجعة وفي الولد والثمرة لا يبيع مراجعة حتى يبين ولأنه من موجب العقد

ولنا أنه صادق فيما أخبر به من غير تقرير بالمشتري فجاز كالمال لم يزد ولأن الولد والثمرة نماء منفصل

(فصل) وظاهر المذهب أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كاليسير الذي لا ينضب لا يلتفت إليه، قال أحمد إني لا أقول في عشر ثمرات ولا عشرين ولا أدري ما الثلث ولكن إذا كانت جائحة تستغرق الثلث أو الربع أو الخمس توضع، وعن أحمد أن ما دون الثلث

فلم يمنع من بيع المراجعة بدون ذكره كالغلة ، وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد (التوع الثاني) أن يسئل فيها عملاً مثل أن يقصرها أو يرفوها أو يحملها أو يحيطها فهذه متى أراد أن يبيعها مربحة أخبر بالحال على وجهه سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجر من عمله هذا ظاهر كلام أحمد فانه قال بين ما اشتراه وما لزمه ولا يجوز أن يقول تحصلت علي بكذا وبه قال الحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب وطاوس والنخعي والاوزاعي وأبو ثور، ويحتل أن يجوز فيها استأجر عليه أن يضم الإجرة إلى الثمن ويقول : تحصلت علي بكذا لانه صادق وبه قال الشعبي والحكم والشافعي

ولنا أنه تقرير بالمشتري فانه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لاجل الصناعة لا يرغب فيه لعدم رغبته في ذلك فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته وكسوته وعلى المتاع في خزنه (الضرب الثاني) أن يتغير بنقص كقصه بمرض أو جناية عليه أو تلف بعضه أو بولادة أو عيب أو يأخذ المشتري بعضه كالصوف واللبن الموجود ونحوه فانه يخبر بالحال على وجهه لا يعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقي لان أرش العيب عوض ما فات به فكان بمن الموجود هو ما بقي وفي أرش الجناية وجهان (أحدهما) يحطه من الثمن كارش العيب (والثاني) لا يحطه كالثاء ، وقال الشافعي يحطها من الثمن ويقول تقوم علي بكذا لانه صادق فيما أخبر به فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه . ولنا أن الاخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق وأقرب الى البيان ونفي التقرير بالمشتري والتدليس عليه فلزمه ذلك كما لو اشترى شيئين بشئ واحد وقسط الثمن عليهما وقياس أرش الجناية عليه على الثاء والكسب غير صحيح لان الارش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه فهو بمنزلة من جزء منه باعه وكقيمة أحد الثوبين اذا تلف أحدهما والثاء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما ان جنى المبيع فقدها المشتري لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه لان هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتاً وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الادوية والمؤنة والكسوة وعمله في السلعة بنفسه أو عمل غيره له بغير أجرة فانه لا يخبر بذلك في الثمن وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن

(فصل) وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مربحة أو اشترى اثنان شيئاً ففكاهما وأراد أحدهما يبيع نصيبه مربحة بالثمن الذي أداه فيه فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون البيع من المنقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالاجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشياء هذا فهذا لا يجوز بيع بعضه مربحة حتى يخبر بالحال على وجهه نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مربحة إلا أن يقول اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه وهذا مذهب الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن لان الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته

من ضمان المشتري وهو مذهب مالك والشافعي في القديم لانه لا بد أن يأكل الطائر منها وتثر الريح وتسقط منها فلم يكن بد من ضابط وحد والثالث قد اعتبره الشارع في الوصية وعطية المريض قال الأثرم قال أحمد إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة ، ولان اثبات في جد البكرة ومادونه في حد الغلة

بدليل مالو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، ولو اشترى شبتين فوجد احدهما معيباً رده بحصته من الثمن ، وذكر ابن أبي موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن احمد أنه يجوز بيعه مراجعة بما اشتراه لأن ذلك منه فهو صادق فيما أخبر به ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن والتخمين واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المراجعة أمانة فلم يحز هذا فيه فصار هذا كالحرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التامل فيه وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه وكونه لا طريق له سوى التقويم ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذته الناس طريقاً لاسقاطها فيؤدي الى تفويتها بالكلية وههنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة (القسم الثاني) أن يكون المبيع من المتاعلات التي ينقسم اثنان عليها بالأجزاء كالبر والشعير المتساوي فيجوز بيع بعضه مراجعة بقسطه من اثنان وبهذا قال ابو ثور واصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافاً لأن من الجزء معلوم يقيناً ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة ، وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة فأخذها على الصفة وأراد بيع احدهما مراجعة بحصته من الثمن فالقياس جوازه لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين لا باعتبار القيمة وكذلك لو أقاله في احدهما أو تعذر تسليمه كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منها فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً ولأن الثمن وقع عليهما متساوياً لتساوي صفتيهما في الذمة فهما كقفيزين من صبرة ، وإن حصل في احدهما زيادة على الصفة جرت بحرى الحادث بعد البيع

(فصل) وان اشترى شيئاً بثمن مؤجل لم يحز بيعه مراجعة حتى يبين ذلك وان اشتراه من أبيه أو ابنه أو من لا تقبل شهادته له لم يحز بيعه مراجعة حتى يبين أمره وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد يجوز من غير بيان لأنه أخبر بما اشتراه عقداً صحيحاً فأشبهه مالو اشتراه من أجنبي . ولنا أنه منهم في الشراء منهم لكونه يحاييهم ويسمح لهم فلم يحز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقاً كما لو اشترى من مكاتبه ، وفارق الأجنبي فإنه لا يتم في حقه ، وقياسهم يطل بالشراء من مكاتبه فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مراجعة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافاً ، وإن اشتراه من غلام دكانه الحر فقال القاضي اذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يحز بيعه مراجعة حتى يبين أمره ولا نعلم فيه خلافاً ولأنه منهم في حقه فأشبهه من لا تقبل شهادته له ، وقال ابو الخطاب إن فعل ذلك حيلة لم يحز وظاهره الجواز اذا لم يكن حيلة وهذا أصح لأنه أجنبي لكن لا يختص هذا بغلام دكانه بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يحز وكان حراماً وتدليساً على ما ذكرنا من قبل

(فصل) فان اشترى ثوباً بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال على وجهه فان أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين جاز وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه صادق فيما أخبر به وليس فيه شبهة ولا تقرير بالمشتري فأشبهه ما لو لم يربح فيه ، وروي عن ابن سيرين أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة وأعجب احمد قول ابن سيرين قال فان باعه على

بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثلث والثلث كثير » فلهذا قدر به

ولنا عموم الأحاديث فان النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيها فيجب وضعه ، ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها فكان ما تلف منها من ضمان البائع ، وإن نقص عن الثلث كالتى على الأرض

ما اشتراه بين امره يعني يخبر انه ربح فيه مرة ثم اشتراه وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال ابو حنيفة لا يجوز بيعه مراجعة إلا أن بين امره أو يخبر ان رأس ماله عليه خمسة وهذا قول القاضي واصحابه لان المراجعة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه كما تضم أجرة الخياط والقصار ، وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الاول لانه أمن ان يرد عليه ولان الربح احد نوعي الماء فوجب أن يخبر به في المراجعة كالولد والثمرة ، فعلى هذا ينبغي أنه اذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول تقوم علي بخمسة ولا يجوز أن يقول اشتريته بخمسة لان ذلك كذب والكذب حرام وبصير كما لو ضم أجرة القصار والخياطة الى الثمن وأخبر به . ولنا ما ذكرناه فيما تقدم ، وما ذكره من ضم القصار والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لانسلمه ، ثم لا يشبه هذا ما ذكره لان المؤنة والبناء لزماء في هذا البيع الذي يلي المراجعة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبهه الخسارة فيه ، وأما تقرير الربح فغير صحيح فان العقد الاول قد لزم ولم يظهر العيب ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسئلة ان للمشتري أن يرد على البائع اذا ظهر على عيب قديم واذا لم يلزمه طرح البناء والغلة فهنا أولى ، ويحيى على هذا القول انه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بمشرين ثم اشتراه بعشرة فانه يخبر أنها حصلت بغير شيء ، وان اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين ، وان اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقومت عليه باتني عشر نص أحمد على نظير هذا ، وعلى هذا ي طرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان فان لم يربح ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها لانها ثمن العقد الذي يلي المراجعة ، ولو خسر فيها مثل أن اشتراها بخمسة عشر ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان أخبر به ولم يجوز أن يضم الخسارة الى الثمن الثاني فيخبر به في المراجعة بغير خلاف نعلمه وهذا يدل على صحة ما ذكرناه والله أعلم

(فصل) وكل ما قلنا انه يلزمه أن يخبر به في المراجعة ويبينه فلم يفعل فان البيع لا يفسد به ويثبت للمشتري الخيار بين الاخذ به وبين الرد إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله على ما قدمناه من القول فيه ، وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين امره فعن أحمد انه خير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لان البائع لم يرض بذمة المشتري وقد تكون ذمته دون ذمة البائع فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحمد انه ان كان المبيع قائماً كان له ذلك الى الاجل يعني وان شاء فسخ ، وان كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الاجل وهذا قول شريح لانه كذلك وقع على البائع فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بذمة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه اذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه الا بما أخبر به ولم يلتفت الى رضاه بل وجب الرجوع الى ما وقع به البيع الاول كذا هنا

(فصل) فان ابتاعه بدنانير فأخبر انه اشتراه بدراهم أو كان بالعكس أو اشتراه بعرض فأخبر انه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر انه اشتراه بعرض واشباه هذا فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع

وما أكله الطير أو سقط لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولانه لا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة فكأنه مشروط . إذا ثبت ذلك فتى تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الناهب ، وإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن ، وأما على

بالثمن وبين الرضى به بالثمن الذي تباعا به كسائر المواضع الذي ثبت فيها ذلك (فصل) وان ابتاع اثنان ثوبا بعشرين أو بذل لهما فيه اثنان وعشرون فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فانه يجزى في المراجعة بأحد وعشرين نص عليه أحد وهذا قول الذخيري وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لان ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ثم رجع بعد ذلك إلى قول ابراهيم ولا نعلم أحدا خالف ذلك لانه اشترى نصفه الاول بعشرة ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر فصار مجموعها أحدًا وعشرين

(فصل) قال أحمد ولا بأس أن يبيع بالرقم ومعناه أن يقول بعتك هذا الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه اذا كان معلوماً لهما حال العقد وهذا قول عامة الفقهاء وكرهه طائفة. ولنا انه يبيع بثمان معلوم فأشبهه ماله ذكر مقداره أو ماله قال بعتك هذا بما اشتريته به وقد علمنا قدره، فان لم يكن معلوماً لهما أو لأحدهما لم يصح لان الثمن مجهول، قال أحمد والمساومة عندي أسهل من بيع المراجعة، وذلك لان بيع المراجعة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه الى تبين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر ونجنب ذلك أسلم وأولى (فصل) ويبيع التولية هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة وحكمه في الاخبار بثمنه وتبيين ما يلزمه تبينه حكم المراجعة في ذلك كله ويصح بلفظ البيع ولفظ التولية

(مسئلة) قال (وإن أخبر بنقصان من رأس ماله كان على المشتري رده أو إعطاؤه ما غلط به وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها بأكثر)

وجملة ذلك أنه اذا قال في المراجعة رأس مالي فيه مائة وأربع عشرة ثم عاد فقال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً، وذكره ابن المنذر عن أحمد واسحاق، وروى أبو طالب عن أحمد اذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله، وان لم يكن صدوقاً جاز البيع، قال القاضي وظاهر كلام الحرفي ان القول قول البائع مع يمينه لانه لما دخل معه في المراجعة فقد ائتمنه، والقول قول الامين مع يمينه كالوكيل والمضارب، والظاهر أن الحرفي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في اثبات دعواه لكونه يقبل مجرد دعواه بل لانه عطفه على المسئلة قبلها وقد ذكر فيها فلم يعلم انه زاد في رأس المال، ولم يمرض لما يحصل به العلم لكن قد علمنا ان العلم انما يحصل ببينة أو إقرار كذلك علم غلطه هنا يحصل ببينة أو إقرار من المشتري وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط كالضارب والوكيل اذا أقرا بربح ثم قال غلطنا أو نسينا، واليمين التي ذكرها الحرفي هنا انما هي على نفي علمه بلفظ نفسه وقت البيع لا على اثبات غلطه، وعن أحمد رواية ثالثة انه لا يقبل قول البائع وان اقام به بيعة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لانه اقر بالثمن وتعلق به حق الغير فلا يقبل رجوعه ولا بيئته لاقراره بكذبها

الرواية الثانية فانه يعتبر ثلث الثمرة وقيل ثلث القيمة، فان تلف الثلث فما زاد رجع بقسطه من الثمن وان كان دونه لم يرجع بشيء، وان اختلفا في الجلمة أو قدر التالف فالقول قول البائع لان الاصل السلامة، ولانه فارم والقول في الاصول قول انصارم

ولنا انها بينة عادلة شهدت بما يحتمل الصدق فتقبل كسائر البينات ، ولا نسلم انه اقر بخلافها ، فان الاقرار يكون لغير المقر وحالة اخباره بشئها لم يكن عليه حق لغيره فلم يكن اقراره ، فان لم تكن بينة او كانت له بينة وقلنا لا تقبل بينته فادعى ان المشتري يعلم غلظه فانكر المشتري فالقول قوله ، وإن طلب يمينه فقال القاضي : لا يمين عليه لانه مدع واليمين على المدعى عليه ولانه قد اقر له فيستغنى لاقرار عن اليمين ، والصحيح أن عليه اليمين انه لا يعلم ذلك لانه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أبو زيادة في منها فلزمته اليمين كموضع الوفاق وليس هو ههنا مدعياً إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الاول ثم قال الحرفي : له أن يحلفه ان وقت ما باعها لم يعلم ان شرائها أكثر وهذا صحيح فانه لو باعها بهذا الثمن عالماً بان منها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه لانه تعاطى شيئاً عالماً بالحال فلزمه كشتري المبيع عالماً بعيه واذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه لزمته اليمين فان نكل قضي عليه ، وان حلف خير المشتري بين قوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من الربح وبين فسخ العقد ، ويحتمل انه اذا باعه بمائة وربع عشرة ثم انه غلط بعشرة لا يلزمه حط العشرة من الربح لان البائع رضي بربع عشرة في هذا المبيع فلا يكون له أكثر منها ، وكذلك إن تبين له انه زاد في رأس ماله لا ينقص الربح من عشرة لان البائع لم يبعه الا بربع عشرة فاما ان قال وأربح في كل عشرة درهما أو قال ده يارده لزمه حط العشرة من الربح في الغلط والزيادة على الثمن في الصورتين ، وانما أثبتنا له الخيار لانه دخل على ان الثمن مائة وعشرة فاذا بان أكثر كان عليه ضرر في التزامه فلم يلزمه كالمبيع ، وان اختار أخذها بمائة وأحد وعشرين لم يكن للبائع خيار لانه قد زاده خيراً فلم يكن له خيار كبائتم المبيع إذا رضيه المشتري ، وان اختار البائع اسقاط الزيادة عن المشتري فلا خيار له أيضاً لانه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه المقدوتراضيا به (فصل) ويجوز بيع المواضة وهو أن يخبر برأس ماله ثم يقول بعتك هذا به وأضع عنك كذا فان قال بوضيعة درهم من كل عشرة كره لما ذكرنا في المراجعة وصح ويطرح من كل عشرة درهما فان كان الثمن مائة لزمه تسعون ويكون الحط عشرة وقال قوم يكون الحط من كل احد عشر درهما فيكون ذلك تسعة دراهم وجزءاً من احد عشر جزءاً من درهم وتبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا غلط لان هذا يكون حطاً من كل أحد عشر وهو غير ما قاله ، فأما ان قال بوضيعة درهم لكل عشرة كان الوضعية من كل احد عشر درهما ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، وحكي عن أبي ثور انه قال : الحط ههنا عشرة مثل الاولى ، وليس بصحيح فانه إذا قال لكل عشرة درهما يكون الدرهم من غيرها فكأنه قال من كل أحد عشر درهما درهماً ، وإذا قال من كل عشرة درهماً كان الدرهم من العشرة لان من للتبويض فكأنه قال أخذ من العشرة تسعة وأحط منها درهماً

(فصل) اذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة واشترى آخر نصفها بعشرين ثم باعها مساومة بشئ واحد فهو بينهما نصفان لانعلم فيه خلافا لان الثمن عوض عنها فيكون بينهما على حسب ملكيها فيها ، وان باعها مراجعة أو مواضة أو تولية فكذلك نص عليه احمد وهو قول ابن سيرين والحكم

(فصل) فان بلغت الثمرة أو ان الجزاز لم يجرها حتى أصابها جائحة فقال القاضي عندي لا توضع لانه مفرط بترك النقل في وقته مع قدرته فكان الضمان عليه ، ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط

قال الاثرم قال أبو عبد الله رحمه الله : اذا باعها فالثمن بينهما نصفان قلت أعطي أحدهما أكثر مما أعطي الآخر فقال وإن اليس الثوب بينهما الساعة سواء ، فالثمن بينهما لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه ، وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى ان الثمن بينهما على قدر رهوس أموالها لأن بيع المراجعة يقتضي أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال فيكون مقسوما بينهما على حسب رهوس أموالها ولم أجد عن أحمد رواية بما قال أبو بكر ، وقيل هذا وجه خروجه أبو بكر وليس برواية والمذهب الاول لأن الثمن عوض المبيع وملكها متساو فيه فكان ملكها كموضه متساوياً كما لو باعاه مساواة

(فصل) ومتى باعاه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهلا رأس المال في المراجعة أو المواضعة أو التولية أو جهل ذلك أحدهما أو جهل قدر الربح أو قدر الوضعية فالبيع باطل لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً وفضة لم يصح البيع ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصح ويكون نصفين لأن الاطلاق يقتضي التسوية كالاقرار . ولنا ان قدر كل واحد منهما مجهول فلم يصح كما لو قال بمائة بمضاه ذهب ، وقوله انه يقتضي التسوية لا يصح فإنه لو فسره بغير ذلك صح وكذلك لو أقر له بمائة ذهباً وفضة فالقول قوله في قدر كل واحد منهما

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا باع شيئاً واختلفا في ثمنه تحالفاً فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك

بما قال البائع وإلا انفسخ البيع بينهما والمبتديء باليمين البائع)

والسكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة

(أحدها) انه اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فقال البائع بعتك بعشرين وقال المشتري بل بعشرة ولا أحدهما يئنه حكم بها ، وان لم يكن لها بينة تحالفاً ، وبهذا قال شريح وأبو حنيفة والشافعي ومالك في رواية ، وعنه القول قول المشتري مع يمينه ، وبه قال أبو ثور وزفر لأن البائع يدعي عشرة زائدة ينكرها المشتري والقول قول المنكر وقال الشعبي : القول قول البائع أو يترادان البيع وحكام ابن المنذر عن امامنا رحمه الله ، وروى ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يترادان البيع » رواه سعيد وابن ماجه وغيرهما ، والمشهور في المذهب الاول ، ويحتمل ان يكون معنى القولين واحداً وأن القول قول البائع مع يمينه فاذا حلف فرضي المشتري بذلك أخذه به ، وان أبى حلف ايضاً وفسخ البيع بينهما لأن في بعض الفاظ حديث ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفاً » ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فان البائع يدعي عقداً بعشرين ينكره المشتري والمشتري يدعي عقداً بعشرة ينكره البائع والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين في حقهما وهذا الجواب عما ذكره

(الفصل الثاني) ان المبتديء باليمين البائع فيحلف ما بعته بعشرة وأما بعته بعشرين فان شاء المشتري أخذه بما قال البائع والا يحلف ما اشترى به بعشرين وأما اشترى به بعشرة وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة القطع فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت فهي من ضمانه لذلك ، وان تلفت قبل ان كان قطعها فهي من مال البائع كالمسئلة قبلها .

يبتدي. يمين المشتري لانه منكر واليمين في جنبته أقوى ولانه يقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « فالقول ما قال البائع » وفي لفظ « فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار » رواه الإمام أحمد ومعناه إن شاء أخذوا وإن شاء حلف ولان البائع أقوى جنبته لانهما إذا تخالفا عاد المبيع اليه فكان أقوى كصاحب اليد ، وقد بينا ان كل واحد منهما منكر فيتساويان من هذا الوجه، والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء (الفصل الثالث) انه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين قضى عليه ، وان نكل البائع حلف المشتري وقضى له ، وان حلفا جميعا لم يفسخ البيع بنفس التحالف لانه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بيعة بما ادعاه لكن ان رضي أحدهما قال صاحبه اقر العقد بينهما وإن لم يرضيا فنكل واحد منهما الفسخ هذا ظاهر كلام احمد ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم وهو ظاهر مذهب الشافعي لان العقد صحيح وأحدهما ظالم وإنما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه في الحكم فأشبه تكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما . ولنا قول النبي ﷺ « او يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك، وفي القصة ان ابن مسعود رضي الله عنه باع الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة فقال عبد الله بعثك بعشرين الفا . قال الاشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبيد الله : سمعت رسول الله ﷺ يقول « اذا اختلف البيعتان وليس بينهما بينة والمبيع قائم بعينه فالقول قول البائع او يترادان البيع » قال فاني ارد البيع رواه سعيد عن هشيم عن ابن ابي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود ، وروى ايضا حديثنا عن عبد الملك بن عبيدة قال قال رسول الله ﷺ « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ثم كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك ، وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لانه جعل الخيار اليه فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولانه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب ولا يشبه التكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق واذا فسخ العقد فقال القاضي ظاهر كلام احمد ان الفسخ ينفذ ظاهراً وباطناً لانه فسخ لاستدراك الظلامة فهو كالرد بالعيب أو فسخ عقد بالتحالف فوقع في الظاهر والباطن كالفسخ بالعان ، وقال أبو الخطاب ان كان البائع ظالماً لم يفسخ العقد في الباطن لانه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا يفسخ العقد في الباطن ولا يباح له التصرف في المبيع لانه غاصب ، فان كان المشتري ظالماً انفسخ البيع ظاهراً وباطناً لعجز البائع عن استيفاء حقه فكان له الفسخ كما لو أفلس المشتري ، ولا يحجب الشافعي وجهان كهذين ، ولهم وجه ثالث انه لا يفسخ في الباطن بحال ، وهذا فاسد لانه لو علم انه لم يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر فانه لا يباح لكل واحد منهما التصرف فيما رجع اليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرم منع منه ولان الشارع جعل للمظلوم منها الفسخ ظاهراً وباطناً فانفسخ بفسخه في الباطن كالرد بالعيب ، ويقوى عندي أنه ان فسخه الصادق منها انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك ، وان فسخه الكاذب ظالماً بكذبه لم يفسخ بالنسبة اليه لانه لا يحل له الفسخ فلم يثبت حكمه بالنسبة اليه ويثبت بالنسبة الى صاحبه فيباح له التصرف فيما

(فصل) فان استأجر أرضاً فزرعها فتألف الزرع فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً لان العقود عليه منافع الارض ولم يتألف إنما تألف مال المستأجر فيها فنصار كدار استأجرها

رجع اليه لانه رجع اليه بحكم الشرع من غير عدوان منه فأشبه ما لو رد عليه المبيع بدعوى العيب ولا عيب فيه
 ﴿مسئلة﴾ قال (فان كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا الى قيمة مثلها إلا أن يشاء المشتري
 أن يعطي الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة)

وجملته أنهما إذا اختلفا في ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحد روايتان (أحدهما) يتحالفان
 مثل ما لو كانت قائمة وهو قول الشافعي وأحدى الروايتين عن مالك (والأخرى) القول قول المشتري
 مع يمينه اختارها أبو بكر وهذا قول الشعبي وشوري والاوزاعي وأبي حنيفة لقوله عليه السلام في
 الحديث « والسلعة قائمة » ففهموه أنه لا يشرع اتحالف عند تلفها ولاهما اتفاقا على نقل السلعة
 إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها واختلفا في عشرة زائدة البائع يدعيها والمشتري ينكرها والقول
 قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ففيما عداه يبقى على القياس . ووجه
 الرواية الأولى عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمشتري بالخيار » وقال أحمد ولم
 يقل فيه « والمبيع قائم » إلا يزيد بن هارون قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودي لم يقولوا
 هذه الكلمة ولكنها في حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر فيشرع البين كحال قيام السلعة
 وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام الساعة فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها وقولهم تركناه
 للحديث قلنا ليس في الحديث تحالفا وليس ذلك بثابت في شيء من الاخبار قال ابن المنذر وليس
 في هذا الباب حديث يعتمد عليه وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك
 المعنى فقيس عليه بل يثبت الحكم باليمين فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة
 ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة فمع تعذر ذلك أولى ، فإذا تحالفا فإن رضي
 أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فكل واحد منهما
 فسخه كما له ذلك في حال بقاء السلعة ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري ويدفع المشتري قيمة
 السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاضا وينبغي أن لا يشرع التحالف
 ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري ويكون القول قول المشتري
 مع يمينه لانه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى مادعاه المشتري
 وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع في الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك
 ضرر عليه من غير فائدة ، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري وهى اختلاف في قيمة السلعة رجعا
 إلى قيمة مثلها موصوفا بصفاتها فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه لانه غارم والقول قول الغارم
 (فصل) وإن تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره فالقول قول
 البائع لانه منكر لما يدعيه المشتري بعد انقضاء العقد فأشبه ما لو اختلفا في القبض

ليقتصر فيها ثيابا فتاقت اثياب فيها

﴿مسئلة﴾ (وصلاح بعض ثمرة الشجرة صلاح لجميعها)

(فصل) وان قال بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف فالقول قول البائع مع يمينه وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في أصل عوضي العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في الثمن، ولنا أن البائع ينكر بيع العبد الزائد فكان القول قوله يمينه كما لو ادعى شراءه منفردا (فصل) وان اختلفا في عين المبيع فقال بعتك هذا العبد قال بل بعتي هذه الجارية فالقول، قول كل واحد منهما فيما ينكره مع يمينه لان كل واحد منهما يدعي عقداً على عين ينكرها المدعى عليه ، والقول قول المنكر فان حلف البائع ما بعتك هذه الجارية أقرت في يده إن كانت في يده وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها ، وأما العبد فان كان في يد البائع أقر في يده ولم يكن المشتري طلبه لانه لا يدعيه وعلى البائع رد الثمن اليه لانه لم يصل اليه الموقوف عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه رده إلى البائع لانه لم يعترف انه لم يشتره وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه لاعترافه ببيعه ، وإن لم يعطه ثمنه فله فسخ البيع واسترجاعه لانه تعذر عليه الوصول إلى ثمنه فذلك الفسخ كما لو أفلس المشتري ، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه ثبت العقدان لانهما لا يتباينان فأشبهه ما لو ادعى أحدهما البيع فيهما جميعاً وأنكره الآخر ، وإن أقام أحدهما بينة بدعواه دون الآخر ثبت ما قامت عليه البينة دون ما لم تقم عليه (فصل) فان اختلفا في صفة الثمن رجع إلى نقد البلد نص عليه في رواية الاثرم لان الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به ، وإن كان في البلد نقود رجع إلى أوسطها نص عليه في رواية جماعة فيحتمل أنه أراد إذا كان هو الأغلب والمعاملة به أكثر لان الظاهر وقوع المعاملة به فهو كما لو كان في البلد نقد واحد ويحتمل أنه ردهما إليه مع التساوي لان فيه توسطاً بينهما وتسوية بين حقيهما وفي العدول إلى غيره ميل على أحدهما فكان التوسط أولى وعلى مدعي ذلك اليمين لأن ما قاله خصمه محتمل فتجب اليمين لنفي ذلك الاحتمال كوجوبها على المنكر، وإذا لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا لانهما اختلفا في الثمن على وجه لم يرجح قول أحدهما فيتحالفان كما لو اختلفا في قدره

(فصل) وان اختلفا في أجل أو رهن أو في قدرها أو في شرط خيار أو ضمن أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ففيه روايتان (أحدهما) يتحالفان وهو قول الشافعي لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياساً على الاختلاف في الثمن (وإثنية) القول قول من ينفي ذلك مع يمينه وهو قول أبي حنيفة لان الأصل عدمه فالقول قول من ينفيه كأصل العقد لانه منكر والقول قول المنكر (فصل) وان اختلفا فيما يفسد العقد أو شرط فاسد فقال بعتك بخمر أو خيار مجهول فقال بل بعتي بنقد معلوم أو خيار ثلاث فالقول قول من يدعي الصحة مع يمينه لان ظهور تماطي المسلم الصحيح أكثر من تماطيه للفاسد ، وإن قال بعتك مكرها فأنكره فالقول قول المشتري لان الأصل عدم الإكراه وصحة البيع ، وإن قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري نص عليه وهو قول الثوري وإسحاق لانهما اتفقا على العقد واختلفا فيما يفسده فكان القول قول من يدعي الصحة كالتي قبلها ، ويتمثل أن يقبل قول من يدعي الصغر لانه الأصل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ويقارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين (أحدهما) ان الأصل عدمه وهما الأصل بقاؤه (والثاني) ان الظاهر

لا يختلف فيه فيباح بيع جميعها بذلك لا نعلم فيه خلافاً وهل يكون صلاحاً لسائر النوع الذي في البستان؟ على روايتين أظهرهما أنه يكون صلاحاً فيجوز بيعه وهو قول الشافعي ومحمد بن الحسن قياساً

من المكلف انه لا يتعاطى إلا الصحيح وههنا ما ثبت انه كان مكلفاً، وإن قال بعتك وأنا جنون فان !
يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري لان الاصل عدمه وإن ثبت انه كان مجنوناً فهو كالصبي ،
ولو قال العبد بعتك وأنا غير مأذون لي في التجارة فالقول قول المشتري نص عليه في رواية مهنا
لانه مكلف ، والظاهر انه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً

(فصل) وإن مات المتبايعان فورتهما بمنزلهما في جميع ما ذكرناه لانهم يقومون مقامهما في أخذ
مالهما وإرث حقوقهما فكذلك ما يلزمهما أو يصير لهما

(فصل) وان اختلفا في التسليم فقال البائع لأسلم المبيع حتى أقبض الثمن وقال المشتري لأسلم الثمن
حتى أقبض المبيع والتمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن، فان
كان عيناً أو عرضاً بعرض جعل بينهما عدل فيقبض منهما ثم يسلم اليهما وهذا قول الثوري وأحد قولي
الشافعي، وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الاطلاق وهو قول ثان للشافعي
وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لان للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ومن
استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمهرن. ولنا ان تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع
وتمامه فكان تقديمه أولى سبباً مع تعلق الحكم بعينه وتعلق حق البائع بالذمة وتقديم ما تعلق بالعين أولى
لتأكدته ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة، وبخلاف الرهن فانه لا يتعلق به
مصلحة عقد الرهن والتسليم ههنا يتعلق به مصلحة عقد البيع ، وأما اذا كان الثمن عيناً فقد تعلق الحق
بعينه أيضاً كالبيع فاستويا وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل
واحد منهما على ايفاء صاحبه حقه ، ووجه الرواية الأخرى ان الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه
هو البيع فوجب تقديمه ولان الثمن لا يمتنع بالتعيين فأشبهه غير المعين . اذا ثبت هذا وأوجبنا التسليم
على البائع فسلمه فلا يخلو المشتري من أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان موسراً والتمن معه
أجبر على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً في بيته أو بلده حجب عليه في المبيع وسائر ماله حتى يسلم
الثمن خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر
فالبائع مخير بين أن يصبر الى أن يوجد وبين فسخ العقد لانه قد تعذر عليه الثمن فهو كالمفلس، وإن
كان دون مسافة القصر فله الخيار في أحد الوجهين لان فيه ضرراً عليه (والثاني) لاختياره لأن مادون
مسافة القصر بمنزلة الحاضر، وإن كان المشتري معسراً فالبائع الفسخ في الحال والرجوع في المبيع وهذا
كله مذهب الشافعي، ويقوى عندي أنه لا يجب عليه تسليم المبيع حتى يحضر الثمن ويتمكن المشتري
من تسليمه لأن البائع إنما رضي ببذل المبيع بالثمن فلا يلزمه دفعه قبل حصول عوضه ولان المتعاقدين
سواء في المعاوضة فيستويان في التسليم وإنما يؤثر ما ذكر من الترجيح في تقديم التسليم مع حضور العوض
الآخر لعدم الضرر فيه، وأما مع الحظر المحوج الى الحجر أو المحجوز للفسخ فلا ينبغي أن يثبت ولأن شرع
الحجر لا يندفع به الضرر ولانه يقف على الحاكم ويتعذر ذلك في الغالب ولان ما أثبت الحجر والفسخ
بعد التسليم فهو أولى أن يمنح التسليم لان المنع أسهل من الرفع والمنع قبل التسليم أسهل من المنع بعده

على الشجرة الواحدة ، ولان اعتبار الصلاح يشق ويؤدي إلى الاشتراك واختلاف الايدي فوجب
أن يتبع ما لم يبد صلاحه من نوعه لما بدا كالشجرة الواحدة (والثانية) لا يكون صلاحاً ، ولا يجوز

ولذلك ملكت المرأة منع نفسها قبل قبض صداقها قبل تسليم نفسها ولم تملكه بعد التسليم ، ولأن للبائع منع المبيع قبل قبض ثمنه أو كونه بمنزلة المقبوض لا مكان تقييده وإلا فلا ، وكل موضع قلنا له الفسخ فله ذلك بغير حكم حاكم لأنه فسخ للبيع للاعسار بثمنه فملكه البائع كالفسخ في عين ماله إذا أفلس المشتري وكل موضع قلنا يحجر عليه فذلك إلى الحاكم لأن ولاية الحجر إليه

(فصل) فإن هرب المشتري قبل وزن الثمن وهو معسر فلبائع الفسخ في الحال لأنه إذا ملك الفسخ مع حضوره فع هر به أولى ، وإن كان موسراً أثبت البائث ذلك عند الحاكم ثم إن وجد الحاكم له مالا قضاء والا باع المبيع وقضى ثمنه منه وما فضل فهو للمشتري ، وإن أعوز ففي ذمته ، ويقوى عندي أن للبائع الفسخ بكل حال لانا أجبنا له الفسخ مع حضوره إذا كان الثمن بعيداً عن البلد لما عليه من ضرر التأخير فهنا مع العجز عن الاستيفاء بكل حال أولى ولا يندفع الضرر برفع الامر إلى الحاكم لمعجز البائع عن اثباته عند الحاكم ، وقد يكون البيع في مكان لا حاكم فيه والغالب أنه لا يحضره من يقبل الحاكم شهادته فاحالته على هذا تضييع لماله وهذه الفروع تقوي ما ذكرته من أن للبائع منع المشتري من قبض المبيع قبل إحضار ثمنه لما في ذلك من الضرر

(فصل) وليس للبائع الامتناع من تسليم المبيع بعد قبض الثمن لاجل الاستبراء ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك في القبيحة ، وقال في الجليّة يضمها على يدي عدل حتى تستبرأ لأن التهمة تلحقه فيها فنع منها. ولنا أنه بيع عين لا خيار فيها فدقبض ثمنها فوجب تسليمها كسائر المبيعات وما ذكره من التهمة لا يمكنه من التسلط على منعه من قبض مملوكته كالقبيحة ولأنه إذا كان استبرأها قبل بيعها فاحتمال وجود الحمل فيها بعيد نادر ، وإن كان لم يستبرئها فهو ترك التحفظ لنفسه ولوطالب المشتري البائع بكفيل لثلا تظهر حاملاً لم يكن له ذلك لأنه ترك التحفظ لنفسه حال العقد فلم يكن له كفيل كما لو طلب كفيلاً بالثمن المؤجل

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز بيع الآبق)

وجملته أن بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله وكذلك ما في مناه من الجمل الشارد والفرس العائر وشبهها وهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بغيراً شارداً وعن ابن سيرين لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمها فيه واحداً وعن شريح مثله ، ولنا ما روى أبو هريرة قلن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن يوم الحصة وعن بيع الفرر رواه مسلم وهذا بيع غرر ولأنه غير مقدور على تسليمه فلم يجوز بيعه كالطير في الهواء ، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لا مكان تسليمه

﴿مسئلة﴾ قال (ولا الطائر قبل أن يصاد)

بيع إلا ما بدا صلاحه لأنه لم يبد صلاحه فلم يجوز بيعه لعموم النهي ، ولأنه لم يبد صلاحه فلم يجوز بيعه كالذي في البستان الآخر .

وجملة ذلك أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح مملوكاً أو غير مملوك أما المملوك فلأنه غير مقدور عليه وغير المملوك لا يجوز لعتين (إحداها) العجز عن تسليمه (والثانية) أنه غير مملوك له ، والأصل في هذا نهى النبي ﷺ عن بيع الفرر وقيل في تفسيره هو بيع الطير في الهواء والسماك في الماء ولا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع أولاً يألفه لأنه لا يقدر على تسليمه الآن وإنما يقدر عليه إذا عاد، فإن قيل فالفائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال، قلنا الفائب يقدر على استحضاره والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ولا يستقل مالكه برده فيكون عاجزاً عن تسليمه لعجزه عن الوسطة التي يحصل بها تسليمه بخلاف الفائب وإن باعه الطير في البرج نظرت فإن كان البرج مفتوحاً لم يحز لان الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جازيعة، وقال القاضي إن لم يمكن أخذه إلا بتعب ومشقة لم يحز بيعه لعدم القدرة على تسليمه وهذا مذهب الشافعي وهو ملغي بالبعد الذي لا يمكن احضاره إلا بتعب ومشقة وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة وتأخير انتسليم مدته معلومة ولا كذلك في إمساك الطائر ، والصحيح أن شاء الله تعالى أن تفاوت المدة في إحضار البعيد واختلاف المشقة أكثر من التفاوت والاختلاف في إمساك طائر من البرج، والمادة تكون في هذا كالعادة في ذلك فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدة اختلاف المشقة فهذا أولى

(مسئلة) قال (ولا السمك في الآجام)

هذا قول أكثر أهل العلم روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه وقال إنه غرر وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً لما ذكرنا من الحديث والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط (أحدها) أن يكون مملوكاً (الثاني) أن يكون الماء رقيقاً لا يمنع مشاهدته ومعرفته (الثالث) أن يمكن اصطياده وإمساكه فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه فجاز بيعه كالأوضاع في الطست ، وإن اختلف شرط مما ذكرنا لم يحز بيعه لذلك ، وإن اختلفت الثلاثة لم يحز بيعه لثلاث علل ، وإن اختلف اثنان منها لم يحز بيعه لعتين ، وروي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى فيمن له أجرة يحبس السمك فيها يجوز بيعه لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله

ولنا ما روي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالاً لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر ولان النبي ﷺ نهى عن بيع الفرر وهذا منه ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده أشبه الطير في الهواء والبعيد الآبق ولأنه مجهول فلم يصح بيعه كاللبن في الضرع والنوى في التمر ويفارق ما ذكرناه لأن ذلك من مؤنة القبض وهذا يحتاج إلى مؤنة ليتمكن قبضه ، فأما إن كانت له بركة فيها سمك لم يمكن اصطياده بغير كلفة والماء رقيق لا يمنع مشاهدته صح بيعه ، وإن لم يمكن إلا بمشقة وكلفة يسيرة بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج على ما ذكرنا فيه من الخلاف،

(فصل) فأما النوع الآخر من ذلك الجنس فقال القاضي لا يجوز بيعه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال محمد بن الحسن ما كان متقارب الإدراك فبدو صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه وما

وان كانت كثيرة وتطاول المدة فيه لم يحجز بيعه للعجز عن تسليمه والجهل بوقت إمكان التسليم
 (فصل) اذا اعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك ملكه، لانه آلة معدة للاصطياد
 فأشبه الشبكة ولو استأجر البركة أو الشبكة أو استعارها للاصطياد جاز وما حصل فيها ملكه، وان
 كانت البركة غير معدة للاصطياد لم يملك ما حصل فيها من السمك لانها غير معدة له فأشبهت أرضه
 اذا دخل فيها صيد أو حصل فيها سمك، ومتى نصب شبكة أو شركاً أو فخاً أو أحبولة ملك ما وقع فيها
 من الصيد لانه بمنزلة يده وكذلك لو نصب المناجل للصيد وسمى فقتلت صيداً حل له أكله وكان
 كذبجه، ولو وقع في شبكته أو شبهها شيء كان مضموناً عليه فلم بذلك أنه كيده، ولو أعد لياء الامطار
 مصانع أو بركاً أو أواني ليحصل فيها الماء ملكه بمحصوله فيها لأنها في باب الاعداد كالشباك للاصطياد
 ولو أعد سفينة للاصطياد كالتي يحمل فيها الضوء ويضرب صواني الصفر لينب السمك فيها كان محصوله فيها
 كحصوله في شبكته لكونها صارت من الآلات المعدة له ولو لم يعدها لذلك لم يملك ما وقع
 فيها ومن سبق اليه فأخذه ملكه كالارض التي لم تعد للاصطياد مثل أرض الزرع اذا دخلها ماء فيه
 سمك ثم نصب عنه أو دخل فيها ظبي أو عشت فيها طائر أو سقط فيها جراد أو حصل فيها ملح لم يملكه
 صاحبها لانه ليس من غناء الارض ولا مما هي معدة له لكنه يكون أحق به اذ ليس لغيره التخطي في
 أرضه ولا الانتفاع. فان تخطى وأخذه خطأ وملكه قال أحمد في ورشان على نخلة قوم صاده انسان
 هو للصائد، وقال في طيرة لقوم أفرخت في دار جيرانهم إن الفرخ يتبع الام برد فراحها على أصحاب
 الطيرة، واختار ابن عقيل في المأخوذ من أملاك الناس من صيد وكلا وشبه أنه لا يملكه بأخذه
 لانه سبب منهي عنه فلم يفد الملك كالبيع المنهي عنه إذ السبب لا يختلف بين كونه يباعاً أو غيره لقوله
 عليه السلام « من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد » والصحيح الاول ولا نسلم أن السبب منهي عنه
 فان السبب الاخذ وليس بمنهي عنه لما نهي عن الدخول وهو غير السبب بخلاف البيع، ولان
 النهي هنا لحق آدمي فلا يمنع الملك كبيع المصراة والمعيب وتلقي الركبان والتجش وبيعه على بيع
 أخيه، ولو أعد أرضه للملح فجعلها ملاحة ليحصل فيها الماء فيصير ملحاً كالارض التي على ساحل البحر
 يجعل اليها طريقاً للماء فاذا امتلأت قطعه عنها أو تكون أرضه سبخة يفتح اليها الماء من عين أو يجمع
 فيها ماء المطر فيصير ملحاً ملكه بذلك لانها معدة له فأشبهت البركة المعدة للصيد وان لم يكن أعدها
 لذلك لم يملك ما حصل فيها كما قدمنا في مثلها، فان قيل فقد روي عن احمد في انسان رمى طيراً يندق
 فوق في دار قوم فهو لهم دونه، وهذا يدل على أنهم ملكوه بمحصوله في دارهم قلنا هذا محمول على أنه وقع
 ممتنعاً فصاده أهل الدار فملكوه باصطيادهم، كذلك قال ابن عقيل ويتمين حمله على هذا لانهم إذا
 لم يملكوا ما حصل في دارهم بفعل الله تعالى فما حصل بفعل آدمي أولى، ولانه وقع في الدار بعد الضربة
 المثبتة له التي يملك بها الصيد فأشبه ما لو اطارت الريح ثوب انسان فألقته في دارهم، ولو كانت آلة
 الصيد كالشبكة والشرك والمناجل غير منصوبة للصيد ولا قصد بها الاصطياد فتعلق بها صيد لم يملكه
 صاحبها بذلك لانها غير معدة للصيد في هذه الحال فأشبهت الارض التي است معدة له

يتأخر تأخر كثيراً فلا يجوز في الباقي، وقال أبو الخطاب يجوز بيع ما في البستان من ذلك الجنس
 وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لان الجنس الواحد يضم بهضه إلى بعض في إكمال النصاب فيتبعه

(فصل) وما حصل من الصيد في كلب انسان او صقره أو فهده وكان استرسل بأرسال صاحبه فهو له لانه أكد من الشبكة لانه حيوان يحصل الصيد بفعله وقصده وارسال صاحبه فهو كسهمه ولان الله تعالى قال (فكلوا مما أمسكن عليكم) وان استرسل بنفسه فحكه حكم الصيد الحاصل في أرض انسان في أنه لا يملكه وليس لغيره اخذه فان أخذه غيره ملكه كالسكلا وكذلك ما يحصل في بهيمة انسان من الحشيش في المرعى

(مسئلة) قال (والوكيل اذا خالف فهو ضامن الا أن يرضى الأمر فيلزمه)

وجهة ذلك أن الوكيل إذا خالف موكله فاشترى غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه أو اشترى غير ما عين له فعليه ضمان ما فوت على المالك أو تلف لانه خرج عن حال الامانة وصار بمنزلة الغاصب فأما قوله إلا أن يرضى الأمر فيلزمه يعني إذا اشترى غير ما أمره بشرائه بشمن في ذمته فان الشراء صحيح ويقف على اجازة الموكل فان أجازته لزمه وعليه الثمن وان لم يقبل لزم الوكيل، ويتعين حمله على هذه الصورة لانه قد بين في موضع آخر فقال إلا ان يكون اشتراء بعين المال فيسقط الشراء وذكره في كتاب العتق ايضا فلذلك تعين حمل هذه المسئلة على ما قلنا، وانما يصح الشراء لانه متصرف في ذمته لاني مال غيره وسواء نقد الثمن من مال الموكل أم لا لان الثمن هو الذي في الذمة والذي نقده عوضه ولذلك قلنا إنه اذا اشترى في الذمة ونقده الثمن بعد ذلك كان له البدل وان خرج مغضوبا لم يطل العقد وانما وقف على اجازة الأمر لانه قصد الشراء له فان أجازته لزمه وعليه الثمن وان لم يقبله لزم من اشتراه (فصل) وان اشترى بعين مال الأمر أو باع بغير إذنه أو اشترى لغير موكله شيئاً بعين ماله أو باع ماله بغير إذنه ففيه روايتان (احداها) البيع باطل ويجب رده وهذا مذهب الشافعي وأبي ثور وابن المنذر (والثانية) البيع والشراء صحيحان ويقف على اجازة المالك فان أجازته نفذ ولزم البيع وان لم يجزه بطل وهذا مذهب مالك واسحاق وقول أبي حنيفة في البيع فأما الشراء فعنده يقع للمشتري بكل حال ، ووجه هذه الرواية ما روى عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه ان النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشترى به شاة فاشترى شاتين ثم باع احداها بدينار في الطريق قال فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فأخبرته فقال « بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الاثرم وابن ماجه ولانه عقد له بحيز حال وقوعه فيجب أن يقف على اجازته كالوصية ، ووجه الرواية الاولى قول النبي ﷺ لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح يعني ما لا يملك لانه ذكره جواباً له حين سأله انه يبيع الشيء ثم يمضي فيشتره ويسلمه ولا اتفاقاً على صحة بيع ماله الغائب ولانه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الطير في الهواء ، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب ولا يعتبر أن يكون لها بحيز حال وقوع العقد ويجوز فيها من الفرر ما لا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فجهله على أن وكالته كانت مطلقة بدليل انه سلم وتسلم وليس ذلك لغير المالك باتفاقاً

(فصل) ولا يجوز أن يبيع عبداً لا يملكها ليمضي ويشترها ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي في جواز البيع كالنوع الواحد ، والاول أولى لان النوعين قد يتباعد إدراكهما فلم يتبع أحدهما الآخر في بدو الصلاح كالجنسين ويخالف الزكاة فان القصد هو الغنى من جنس ذلك المال لتقارب منفعته

ولا نعلم فيه مخالفاً لأن حكيم بن حزام قال النبي صلى الله عليه وسلم إن الرجل يأتيني فيتمس من البيع ما ليس عندي فأمضي إلى السوق فأشتره ثم أبيع منه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تبع ما ليس عندك » (فصل) ولو باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت فحكه حكم ما لو باعها من غير علمه في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى سكوته إقرار لانه دليل على الرضى فأشبه سكوت البكر في الاذن في نكاحها . ولنا ان السكوت محتمل فلم يكن اذناً كسكوت الثيب وفارق سكوت البكر لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها وليس ذلك بموجود ههنا .

(فصل) واذا وكل رجلين في بيع ساعته فباع كل واحد منها السلعة من رجل بشئ مسمى قال يبيع الاول منها روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر وحكي عن ربيعة ومالك أنها قالا هي للذي بدأ بالقبض

ولنا أنه قد روي في حديث « اذا باع الحيزان فهو للاول » رواه ابن ماجه ولان الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكل عن السلعة فصار بائعاً ملك غيره بغير اذنه فلم يصح كما لو قبض الاول او كما لو زوج أحد الوليين بعد الاول

﴿ مسألة ﴾ قال (وبيع الملامسة والمنابذة غير جائز)

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الملامسة والمنابذة متفق عليه ، واللامسة أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنابذة أن يقول أي ثوب نبذته الي فقد اشتريته بكذا هذا ظاهر كلام أحمد وشيخه قال مالك والاوزاعي وفيما روى البخاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنابذة وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر اليه ، ونهى عن الملامسة لمس الثوب لا ينظر اليه ، وروى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة في تفسيرها قال هو لمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل والمنابذة ان يبدل كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيهما العلتين (احداهما) الجهالة (والثانية) كونه معلقاً على شرط وهو نبذ الثوب اليه او لمسه له وان عقد البيع قبل نبذه فقال بعتك ما تلمسه من هذه الثياب او ما نبذه اليك فهو غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو قال بعتك واحداً منها (فصل) ومن البيوع المنهي عنها بيع الحصة فان أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصة رواه مسلم واختلف في تفسيره فقيل هو أن يقول ارم هذه الحصة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم ، وقيل هو أن يقول بعتك من هذه الارض مقدار ما تبلغ هذه الحصة اذا رميتها بكذا وقيل هو ان يقول بعتك هذا بكذا على أي متى رميت هذه الحصة وجب البيع وكل هذه البيوع فاسدة لما فيها من الغرر والجهل ولا نعلم فيه خلافاً

(فصل) وروى أنس قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحاقلة والحاضرة واللامسة والمنابذة أخرجه البخاري والحاضرة بيع الزرع الاخضر والثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ،

وقيام كل نوع مقام الآخر في المقصود والمعنى ههنا هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ودفع الغرر الحاصل بالاشراك واختلاف الايدي ولا يحصل ذلك في النوعين فصار في هذا كالجنسين

والمخافة بيع الزرع بحب من جنسه قال جابر المخافة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة قال الأزهرى
الحقل القراح المزروع والحوافل المزراع ، وفسر أبو سعيد المخافة باستكراه الأرض بالحنطة

﴿مسئلة﴾ قال (وكذلك يبيع الحمل غير أمه واللبن في الضرع)

معناه يبيع الحمل في البطن دون الأم ولا خلاف في فساد . قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن
يبيع الملائيج والمضامين غير جائز ، وإنما لم يحز بيع الحمل في البطن لوجهين (أحدهما) جهالته فانه
لا تعلم صفته ولا حياته (والثاني) أنه غير مقدور على تسليمه بخلاف الغائب فانه يقدر على الشروع في
تسليمه ، وقد روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المضامين
والملائيج قال أبو عبيد : الملائيج ما في البطن وهي الاجنة والمضامين ما في أصلاب الفحول فكانوا
يسعون الجنين في بطن الناقة وما يضر به الفحل في عامه أو في أعوام وأنشد :

ان المضامين التي في الصلب ماء الفحول في الظهور والحدب

وروى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبر . قال ابن الاعرابي : الحبر ما في
بطن الناقة ، والحبر الربا والحبر القمار والحبر المخافة والمزانية

(فصل) وقد روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع حبل الحبله متفق عليه
معناه نتاج التناج قاله أبو عبيدة ، وعن ابن عمر قال كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل
الحبله . وحبل الحبله أن تنتج الناقة ثم تحمل التي تنجت منها النبي صلى الله عليه وسلم رواه مسلم ، وكلا
البيعين فاسد أما الاول فلانه يبيع معدوم وإذا لم يحز يبيع الحمل فيبيع حمله أولى وأما الثاني فلانه
يبيع إلى أجل مجهول

(فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ونهى عنه
ابن عباس وأبو هريرة وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أيا ما ، معلومة إذا عرف أحلاها
لسقي الصبي كلبن الظئر وأجازته الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة . ولنا ما روى ابن عباس أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يباع صوف على ظهر أولبن في ضرع رواء الحلال . بإسناده ،
ولانه مجهول الصفة والمقدار فأشبهه الحمل لانه يبيع عين لم يتخلق فلم يحز كبير ما يحمل الناقة والعادة في
ذلك تختلف وأما ابن الظئر فاما جاز للحضانة لانه موضع حاجة

(فصل) واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر فروي انه لا يجوز بيعه لما ذكرنا من
الحديث ولانه متصل بالحيوان فلم يحز لإفراده بالعقد كعضائه وروى عنه انه يجوز بشرط جزه في الحال
لانه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة وفارق الأعضاء فانه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ،
والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع فان اشتراه بشرط القطع فتركه حتى طال فحكمه حكم الرطبة
إذا اشتراها فتركها حتى طالت

(فصل) ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالسك في الفأر وهو الوعاء الذي يكون فيه قال الشاعر :

(فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر في جواز بيع أحدهما يبدو صلاح
الآخر سواء كانا متجاورين أو متباعدين وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن أحمد ان بدو الصلاح

إذا التاجر الهندى جاء بفأرة * من المسك راحت في مفارقهم تجرى
قال فتح وشاهد ما فيه جاز بيعه وإن لم يشاهده لم يحز بيعه للجهالة وقد قال بعض الشافعية يجوز
لان بقاءه في فأره مصلحة له فانه يحفظ رطوبته وذكاه رائحته فأشبه ما مأكوله في جوفه . ولنا انه
يبقى خارج وعائه من غير ضرر وتبقى رائحته فلم يحز بيعه مستوراً كالدر في الصدف وأما مأكوله في
جوفه فاخرجه يفضي إلى تلفه والتفصيل في بيعه مع وعائه كالتفصيل في بيع السمن في ظرفه ومن ذلك
البيض في الدجاج والنوى في التمر لا يجوز بيعهما للجهل بهما ولا نعلم في هذا خلافاً نذكره
(فصل) فأما بيع الأعمى وشراؤه فان أمكنه معرفة المبيع بالذوق إن كان مطعوماً أو بالشم إن كان
مشموماً صح بيعه وشراؤه ، وإن لم يمكن جاز بيعه كالصبر وله خيار الخلف في الصفة ، وبهذا قال
مالك وأبو حنيفة وأثبت أبو حنيفة له الخيار الى معرفته بالمبيع إما بحسه أو ذوقه أو وصفه ، وقال
عبيد الله بن الحسن شراؤه جائز وإذا أمر إنساناً بالنظر اليه لزمه ، وقال الشافعي لا يجوز إلا على الوجه
الذي يجوز فيه بيع المجهول أو يكون قد رآه بصيراً ثم اشتراه قبل مضي زمن يتغير المبيع فيه لانه مجهول
الصفة عند الماقد فلم يصح كبيع البيض في الدجاج والنوى في التمر . ولنا أنه يمكن الاطلاع على
المقصود ومعرفته فأشبه بيع الصبر ولان إشارة الآخرس تقوم مقام نطقه فكذلك شم الأعمى وذوقه
وأما البيض والنوى فلا يمكن الاطلاع عليه ولا وصفه بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) قال (وبيع عسب الفحل غير جائز)

عسب الفحل ضرابه وبيعه أخذ عوضه وتسمى الاجرة عسب الفحل مجازاً وإجارة الفحل
للضراب حرام والعقد فاسد ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن مالك جوازه قال ابن عقيل :
ويحتمل عندي الجواز لانه عقد على منافع الفحل ونزوه وهذه منفعة مقصودة والماء تابع والغالب
حصوله عقيب نزوه فيكون كالعقد على الظئر ليحصل اللبن في بطن الصبي . ولنا ما روى ابن عمر أن
النبي ﷺ نهى عن بيع عسب الفحل رواه البخاري ، وعن جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع ضراب الجمل رواه مسلم ولانه مما لا يقدر على تسليمه فأشبهه إجارة الأبق ولان ذلك متعلق
باختيار الفحل وشهوته ولان المقصود هو الماء وهو مما لا يجوز لإفراذه بالعقد وهو مجهول ، وإجارة الظئر
خولف فيه الاصل لمصلحة بقاء الأدمي فلا يقاس عليه ما ليس مثله ، فعلى هذا اذا أعطى أجرة لعسب
الفحل فهو حرام على الآخذ لما ذكرنا ولا يحرم على المعطي لانه بذل ماله لتحصيل مباح يحتاج اليه
ولا يمتنع هذا كما في كسب الحجام فانه خبيث ، وقد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الذي حجه وكذلك
أجرة الكسح ، والصحابة أباحوا شراء المصاحف وكرهوا بيعها ، وإن أعطى صاحب الفحل هدية أو
أكرمه من غير إجارة جاز ، وبه قال الشافعي لما روي عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
« اذا كان إكراماً فلا بأس » ولانه سبب مباح فجاز أخذ الهدية عليه كالخجامة ، وقال أحمد في
رواية ابن القاسم : لا يأخذ . فقيل له ألا يكون مثل الحجام يعطى وإن كان منياً عنه ؟ فقال لم يبلغنا

في شجرة من القراح صلاح له ولما قاربه وبهذا قال مالك ، لانهما يتقاربان في الصلاح فأشبهه القراح
الواحد ولان المقصود الامن من العاهة وقد وجد الاول المذهب لانه إنما جمل ما لم يبد صلاحه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى في مثل هذا شيئاً كما بلغنا في الحجام، ووجهه ان ما منه أخذ الاجرة عليه منع قبول الهدية كهر البني وحلوان الكاهن، قال القاضي هذا مقتضى النظر لكن ترك مقتضاة في الحجام فيبقى فيها عداة على مقتضى القياس والذي ذكرناه أرفق بالناس وأوفق للقياس، وكلام أحمد يحمل على الورع لا على التحريم

﴿مسئلة﴾ قال (والنجش منهى عنه وهو أن يزيد في السلعة وليس هو مشترها لها)

النجش أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ليقندي به المستام فيظن انه لم يزد فيها هذا القدر إلا وهي تساويه فيقترب بذلك فهذا حرام وخداع . قال البخاري التناجش آكل ربا خائن وهو خداع باطل لا يحل ، وروى ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش، وعن أبي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا تلقوا الركبان ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا ولا يبيع حاضر لباد» متفق عليهما ولان في ذلك تغريباً بالمشتري وخديعة له وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «الخدبة في النار» فان اشترى مع النجش فالشراء صحيح في قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ان البيع باطل اختاره أبو بكر وهو قول مالك لان النهي يقتضي الفساد

ولنا ان النهي عاد الى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في البيع ولأن النهي لحق الآدمي فلم يفسد العقد كتنقي الركبان وبيع المعيب والمدلس، وفارق ما كان لحق الله تعالى لان حق الآدمي يمكن جبره بالخيار أو زيادة في الثمن، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله فالمشتري الخيار بين الفسخ والامضاء كما في تلقي الركبان، وإن كان يتغابن بمثله فلا خيار له وسواء كان النجش بمواطأة من البائع أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعي إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع وعلمه فلا خيار له، واختلفوا فيما اذا كان بمواطأة منه فقال بهضم لا خيار للمشتري لان التفريط منه حيث اشترى مالا يعرف قيمته . ولنا انه تغريب بالعاقد فاذا كان مغبوناً ثبت له الخيار كما في تلقي الركبان ويطل ما ذكره بتلقي الركبان (فصل) ولو قال البائع أعطيت بهذه السلعة كذا وكذا فصدقه المشتري واشراها بذلك ثم بان

كاذباً فالبيع صحيح والمشتري الخيار أيضاً لانه في معنى النجش

(فصل) وقوله عليه السلام «لا يبيع بعضكم على بيع بعض» معناه ان الرجلين اذا تباينا فجاء آخر الى المشتري في مدة الخيار فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن أو أبيعك خيراً منها بثمانها أو دونه أو عرض عليه سلعة يرغب فيها المشتري ففسخ البيع واشترى هذه فهذا غير جائز لنهي النبي ﷺ عنه ولما فيه من الاضرار بالمسلم والافساد عليه، وكذلك ان اشترى على شراء أخيه وهو أن يحجيء إلى البائع قبل لزوم العقد فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به فهو محرم أيضاً لانه في معنى المنهي عنه ولان الشراء يسمى بيعاً فيدخل في النهي ولان النبي ﷺ نهى ان يخطب على خطبة أخيه وهو في معنى الخطب فان خالف وعقد فالبيع باطل لانه منهي عنه والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح لان المحرم هو عرض سلعة على المشتري أو قوله الذي فسخ

منزلة ما بدا دفماً لضرر الاشتراك واختلاف الايدي وإلا فالاصل اعتبار كل شيء بنفسه والذي في القراح الآخر لا يوجد فيه هذا الضرر فوجب أن لا يتبع الآخر كما لو تباعدا فان بدا صلاح النوع

البيع من أجله وذلك سابق على البيع ولأنه إذا صح الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المحصل للمصلحة أولى ولأن النهي لحق آدمي فأشبهه ببيع التجش وهذا مذهب الشافعي

(فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا يسم الرجل على سوم أخيه » ولا يخلو من أربعة أقسام (أحدها) أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالمبيع فهذا يحرم السوم على غير ذلك المشتري وهو الذي تناوله النهي (الثاني) أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا فلا يحرم السوم لأن النبي ﷺ باع في من يزيد فروى أنس أن رجلا من الانصار شكى إلى النبي ﷺ الشدة والجهد فقال له « أما بقي لك شيء ؟ » فقال بلى ، قدح وحلس قال « فائتني بهما » فأتاها بهما فقال « من يتناعمها ؟ » فقال رجل أخذتهما بدرهم فقال النبي ﷺ « من يزيد على درهم من يزيد على درهم » فأعطاه رجل درهمين فباعها منه . رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وهذا أيضا إجماع المسلمين يبيعون في أسواقهم بالزيادة (الثالث) أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا ولا على عدمه فلا يجوز له السوم أيضا ولا الزيادة استدلالا بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي ﷺ أن معاوية وأباجهم خطبها فأمرها أن تتكح أساسا وقد نهى عن الخطبة على خطبة أخيه كما نهى عن السوم على سوم أخيه فأبيع في أحدهما أبيع في الآخر (الرابع) أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح فقال القاضي لا تحرم المساومة وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة استدلالا بحديث فاطمة ولأن الأصل لإباحة السوم والخطبة فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا وما عداه يبقى على الأصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهها حسنا فإن النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم ولأنه وجد منه دليل الرضا أشبه ما لو صرح به ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا لأنها جاءت مستشارة للنبي صلى الله عليه وسلم وليس ذلك دليلا على الرضا فكيف ترضى وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله « لا تقوتينا بنفسك » فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ، والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه في الموضع الذي حكنا بالتحريم فيه

(فصل) بيع التلجئة باطل وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة والشافعي هو صحيح لأن البيع ثم بأركانه وشروطه خاليا عن مقارنة مفسد فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ثم عقدا البيع بغير شرط ولنا أنها ما قصدنا البيع فلم يصح منها كالهالزين ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطىء رجلا على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمي بذلك ولا يريد أن يباعا حقيقيا

(مسئلة) قال (فإن باع حاضر لباد فالبيع باطل)

وهو أن يخرج الحضري إلى البادي وقد جلب السلعة فيعرفه السعر ويقول أنا أبيع لك فنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » والبادي ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها سواء كان بدويا أو من قرية أو بلدة أخرى نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له قال ابن عباس نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن تتلقى الركبان أن يبيع حاضر لباد قال فقالت لابن عباس ما قوله

الواحد فأفرد بالبيع ما لم يبد صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم يجز لدخوله تحت عموم النهي وتعدر قياسه على الصورة المخصوصة من العموم وهي إذا باعه ما بدا صلاحه لأنه دخل في البيع تبعا

« حاضر لباد؟ » قال لا يكون له سمساراً متفق عليه ، وعن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة وأنس والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلحته اشتراها الناس برخص ويوسع عليهم السعر فإذا تولى الحاضر بيعها وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد وقد أشار النبي ﷺ في تعليقه إلى هذا المعنى ، ومن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو اسحاق بن شاقلا في جملة سمعاته أن الحسن ابن علي المصري سأل أحمد عن بيع حاضر لباد فقال لا بأس به فقال له فالخبر الذي جاء بالنهي قال كان ذلك مرة ، فظاهر هذا صحة البيع وإن النهي اختص بأول الإسلام لما كان عليهم من الضيق في ذلك وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة وأصحابه والمذهب الأول لعدم النهي وما ثبت في حقهم ثبت في حقنا ما لم يقم على اختصاصهم به دليل وظاهر كلام الحنفي أنه يحرم بثلاثة شروط (أحدها) أن يكون الحاضر قصد البادي ليتولى البيع له (والثاني) أن يكون البادي جاهلاً بالسعر لقوله فيعرفه السعر ولا يكون النرقف إلا جاهلاً وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم (الثالث) أن يكون قد جلب السلم للبيع لقوله وقد جلب السلع والجالب هو الذي يأتي بالسلع لبيعها وذكر القاضي شرطين آخرين (أحدهما) أن يكون مريداً لبيعها بسعر يومها (والثاني) أن يكون بالناس حاجة إلى مناعه وضيق في تأخير بيعه ، وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى مناعه ، فتى اختل منها شرط لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرام ، وقد صرح الحنفي ببطلانه ونص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد قال سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي فقال أكره ذلك وأرد البيع في ذلك وعن أحمد رواية أخرى إن البيع صحيح وهو مذهب الشافعي لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه . ولنا أنه منهي عنه والنهي يقتضي فساد المنهي عنه

(فصل) فاما الشراء لهم فيصح عند أحمد وهو قول الحسن ، وكرهت طائفة الشراء لهم كما كرهت البيع يروى عن أنس قال : كان يقال هي كلمة جامعة يقول لا تبعن له شيئاً ولا تتباعن له شيئاً ، وعن مالك في ذلك روايتان ، ووجه القول الأول أن النهي غير متناول للشراء بلفظه ولا هو في معناه فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ليتسهم عليهم السعر ويزول عنهم الضرر وليس ذلك في الشراء لهم إذ لا يتضررون لعدم الفبن للبادين بل هو دفع الضرر عنهم والخلق في نظر الشارع على السواء فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر لا يلزم أن يلزم أهل البدو والضرر، وأما أن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والأوزاعي وابن المنذر وكرهه مالك والليث وقول الصابي حجة ما لم يثبت خلافه

(فصل) قال ابن حامد ليس للإمام أن يسعر على الناس بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون وهذا مذهب الشافعي، وكان مالك يقول يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به بع كما يبيع الناس

دفعاً لمضرة الاشتراك ولا يوجد ذلك ههنا ، ولأنه قد يدخل في البيع تبعاً ما لا يجوز إفراده كالثمرة تباع مع الأصل والزرع مع الأرض ، ويحتل الجواز لأن الكل في حكم ما بدأ صلاحه فأشبهه بيعه معه

وإلا فأخرج عنا ، واحتج له بما روى الشافعي وسعيد بن منصور عن داود بن صالح النخعي عن القاسم ابن محمد عن عمر انه مر بحاطب في سوق المصلى وبين يديه غراران فيها زبيب فسأله عن سعرهما فسعر له مدين بكل درهم فقال له عمر قد حدثت بعير مقبلة من الطائف تحمل زيباً وهم يعتبرون بسعرك فاما أن ترفع في السعر واما ان تدخل زيبك فتبيعه كيف شئت ، ولان في ذلك اضراراً بالناس إذا زاد تبعه أصحاب المتاع ولذا نقص أضر بأصحاب المتاع . ولنا ما روى أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أنس قال غلا السعر على عهد رسول الله ﷺ فقالوا يارسول الله غلا السعر فسعر لنا . فقال « إن الله هو المسعر الفاضل بالأسطر الرزاق ، أني لأرجو أن القى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وعن أبي سعيد مثله فوجه الدلالة من وجهين (أحدهما) أنه لم يسعر وقد سأله ذلك ولو جاز لأجابه اليه (الثاني) أنه علل بكونه مظلمة والظلم حرام ولأنه ماله فلم يحجز منه من يبيع بما تراضى عليه المتبايعان كما اتفق الجماعة عليه قال بعض أصحابنا التسمير سبب الغلاء لان الجبالين اذا بلغتهم ذلك لم يقدموا بسلمهم بلداً يكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون ومن عنده البضاعة يمتنع من بيعها ويكتنها ويطلبها أهل الحاجة اليها فلا يجدونها إلا قليلاً فيرفعون في ثمنها ليصلوا اليها فتغلا الاسعار ويحصل الاضرار بالجانبين جانب الملاك في منعهم من بيع أملاهم وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه فيكون حراماً ، فأما حديث عمر فقد روى فيه سعيد والشافعي أن عمر لما رجع حاسب نفسه ثم أتى حاطباً في داره فقال إن الذي قلت لك ليس بعزيمة مني ولا قضاء وإنما هو شيء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع كيف شئت وهذا رجوع الى ما قلنا وما ذكرناه من الضرر موجود فيما اذا باع في بيته ولا يمنع منه

(مسألة) قال (ونهي عن تلقي الركبان)

فان تلقوا واشتري منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق وعرفوا أنهم قد غبنوا ان أحبوا أن يفسخوا البيع ففسخوا ، روي أنهم كانوا يتلقون الاحلاب فيشترون منهم الامتعة قبل أن تهبط الاسواق فربما غبنوهم غبناً بيناً فيضرونهم وربما أضروا بأهل البلد لان الركبان اذا وصلوا باعوا أمتعتهم والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ويترصون بها السعر فهو في معنى بيع الحاضر للبائدي فنهي النبي ﷺ عن ذلك وروى طاوس عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد » وعن أبي هريرة مثله متفق عليهما ، وكرهه أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبدالعزيز ومالك والليث والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وحكي عن أبي حنيفة أنه لم ير بذلك بأساً وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن تتبع فان خالف وتلقى الركبان واشترى منهم فاليق صحيح في قول الجميع قاله ابن عبد البر ، وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد لظاهر النهي ، والاول اصح لان أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الجلب من تلقاه واشترى منه فاذا أتى السوق فهو بالخيار رواه مسلم والخيار لا يكون إلا في عقد صحيح ولان النهي لا لمعني في البيع بل يعود الى ضرب من الخديعة يمكن

وكما لو أفرد بالبيع ما بدا صلاحه

(مسألة) (وبدو الصلاح في ثمر النخل أن يحمر أو يصفر ، وفي الغنم أن يتموه ، وفي سائر الثمار

استدرا كما بآيات الخيار فأشبه بيع المصراة ، وقارق يبيع الحاضر للبادي فانه لا يمكن استدرا كه الخيار إذ ليس الضرر عليه انما هو على المسلمين ، فاذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن وقال أصحاب الرأي لا خيار له وقد روينا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا ولا نقول لاحد مع قوله ، وظاهر المذهب أنه لا خيار له إلا مع الغبن لانه انما ثبت لاجل الخديعة ودفع الضرر ولا ضرر مع عدم الغبن وهذا ظاهر مذهب الشافعي ويحمل اطلاق الحديث في آيات الخيار على هذا لعلمنا بمعناه ومراعاة لانه معنى يتعلق الخيار بمثله ولان النبي صلى الله عليه وسلم جعل له الخيار إذا أتى السوق فيفهم منه أنه أشار الى معرفته بالغبن في السوق ولولا ذلك لكان الخيار له من حين البيع ، ولم يقدر الخرق في الغبن المتيقن للخيار وينبغي أن يتقيد بما يخرج عن العادة لان مادون ذلك لا ينضبط ، وقال أصحاب مالك انما نهى عن تلقي الركبان لما يفوت به من الرفق لاهل السوق لثلا يقطع عنهم ماله جلسوا من ابتغاء فضل الله تعالى . قال ابن القاسم فان تلقاها متلق فاشتراها عرضت على أهل السوق فيشتركون فيها . وقال الليث بن سعد تباع في السوق ، وهذا يخالف لمذلول الحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخيار للبائع اذا دخل السوق ولم يجعلوا له خيار أو جعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له يدل على ان النهي عن تلقي الركبان لحقه لالحق غيره ولان الجالس في السوق كالتلقي في أن كل واحد منهما متبع لفضل الله تعالى فلا يليق بالحكمة فسخ عقد أحدهما والحق الضرر به دفعا للضرر عن مثله وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلته فلا يرجع على مثل هذا والله أعلم

(فصل) فان تلقى الركبان فباعهم شيئا فهو بمنزلة الشراء منهم ولهم الخيار اذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر النهي عن الشراء دون البيع فلا يدخل البيع فيه وهذا يقتضي قول أصحاب مالك لانهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ولا يتحقق ذلك في البيع لهم ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان » والبائع داخل في هذا ولان النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم وهذا في البيع كهو في الشراء والحديث قد جاء مطلقا ولو كان مختصا بالشراء لالحق به ما في معناه وهذا في معناه

(فصل) فان خرج لغير قصد التلقي فلقى ركبا فقال القاضي ليس له الابتاع منهم ولا الشراء وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث بن سعد والوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه لم يقصد التلقي فلم يتناوله النهي ووجه الاول انه انما نهى عن التلقي دفعا للخديعة والغبن عنهم وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده فوجب المنع منه كما لو قصد (فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الاسواق فلا بأس فان ابن عمر روى أن النبي ﷺ نهى أن تلقى السلع حتى يهبط بها الاسواق رواه البخاري ولانه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع والشراء فلم يدخل في النهي كالذي وصل الى وسطها

(فصل) والاحتكار حرام لما روى الاثر عن أبي أمامة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام وروى أيضا باسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من

أن يبدو فيه النضج ويطيب أكله »

وجملة ذلك أن ما كان من الثمر يتغير لونه عند صلاحه كثمرة النخل والغنم غير الأيض والاجاص

احتكر فهو خاطيء » وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرج مع اصحابه فرأى طعاما كثيرا قد القي على باب مكة فقال ما هذا الطعام ؟ فقالوا جاب الينا فقال بارك الله فيه وفيمن جلبه فقيل له فانه قد احتكر قال ومن احتكره ؟ قالوا فلان مولى عثمان وفلان مولاك فارسل اليهما فقال ما حملكما على احتكار طعام المسلمين قالوا نشترى بأموالنا ونبيع قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من احتكر على المسلمين طعامهم لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الانلاس » قال الراوي فاما مولى عثمان فباعه وقال والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه فرأيت مجذوما ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

(فصل) والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط (أحدها) أن يشتري فلو جلب شيئا أو ادخل من غامته شيئا فادخره لم يكن محتكراً روي عن الحسن ومالك وقال الاوزاعي الجالب ليس بمحتكر لقوله « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » ولان الجالب لا يضيق على أحد ولا يضربه بل ينفع فان الناس إذا علوا عنده طعاما معداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه (الثاني) أن يكون المشتري قوتاً فأما الادام والحلواء والعسل والزيت واعلاف البهائم فليس فيها احتكار محرم . قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوت اناس فهو الذي يكره وهذا قول عبد الله بن عمرو ، وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار بمحسنة الزيت قال أبو داود كان بمحسنة الثوى والخطب والبرز ولان هذه الاشياء مما لا تنعم الحاجة اليها فأشبهت الثياب والحلويات (الثالث) أن يضيق على الناس بشرائه ولا يحصل ذلك إلا بأمر من (أحدهما) أن يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثمور قال أحمد الاحتكار في مثل مكة والمدينة والثمور ، فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد والبصرة ومصر لا يحرم فيها الاحتكار لان ذلك لا يؤثر فيها غالباً (الثاني) أن يكون في حال الضيق بان يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الاموال فيشترونها ويضيقون على الناس ، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم

❦ مسألة ❦ قال (وبيع المصير ممن يتخذ خيراً باطل)

وجملة ذلك أن بيع المصير لمن يعتقد أنه يتخذ خيراً محرم وكرهه الشافعي وذكر بعض أصحابه أن البائع اذا اعتقد أنه يبعها خيراً فهو محرم ، وانما يكره اذا شك فيه وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع الثمر لمن يتخذ مسكراً قال الثوري بيع الحلال ممن شئت واحتج لهم بقول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولان البيع ثم بركانه وشروطه

ولنا قول الله تعالى (ولا تمارنوا على الائم والمدوان) وهذا نهى يقتضي التحريم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لعن في الحمر عشرة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أتاه جبريل فقال يا محمد إن الله لعن الحمر وعاصرها ومعتصمها وحاملها والمحمولة اليه وشاربها وباتئها وبتاعها وساقها وأشار الى كل معاون عليها ومساعد فيها . أخرج هذا الحديث الترمذي من حديث أنس وقال

فبدو صلاحه بذلك ، فان كان العنب أبيض فصلاحه بتموه وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ويابن ويصفو لونه ، فان كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يحلو ويطيب ، وإن كان بطيخاً أو نحوه فبأن ينضج فيه النضج

قد روي هذا الحديث عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم وروي ابن بطة في تحريم التبذ بأسناده عن محمد بن سيرين أن قيساً كان أسعد بن أبي وقاص في أرض له فأخبره عن غيب أنه لا يصلح زيباً ولا يصلح أن يباع إلا لمن يصره فأمر بقلعه وقال : بشئ الشيخ أنا إن بعث الخمر ولأنه يبعد عليها لمن يعلم أنه يريد بها للمعصية فأشبهه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها والآية مخصوصة بصور كثيرة فيخص منها محل النزاع بدليلنا وقولهم ثم البيع بشروطه وأركانها قلنا لكن وجد المانع منه ، إذا ثبت هذا فإما يحرم البيع ويطل إذا علم البائع قصد المشتري ذلك أما بقوله وأما بقرائن مختصة به تدل على ذلك فإما أن كان الأمر محتملاً مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله أو من يعمل الحل والخمر معاً ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر فالبيع جائز وإذا ثبت التحريم فالبيع باطل ، ويحتمل أن يصح وهو مذهب الشافعي لأن المحرم في ذلك اعتقاده بالعقد دونه فلم يمنع صحة العقد كما لو دلس العيب ولنا أنه عقد على عين لمعصية الله بها فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء وأما التدليس فهو المحرم دون العقد ولأن التحريم ههنا لحق الله تعالى فأفسد العقد كبيع درهم بدرهمين ويفارق التدليس فإنه لحق آدمي (فصل) وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام كبيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق أو في الفتنة وبيع الأمة للغناء أو لإجارتها كذلك أو لإجارة داره لبيع الخمر فيها أو لتبذ كنيسته أو بيت نار وأشبه ذلك فهذا حرام والعقد باطل لما قدمنا . قال ابن عقيل وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نهى بها على ذلك فقال في القصاب والحجاز إذا علم أن من يشتري منه يدعو عليه من يشرب المسكر لا يبيعه ، ومن يخطر الاقتراح لا يبيعه ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ولا بأس ببيعه للنساء . وروي عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للفقار وعلى قياسه البيض فيكون بيع ذلك كله باطلاً (فصل) قيل لا أحمد رجل مات وخلف جارية مقيمة وولداً يتما وقد احتاج إلى بيعها قال يبيعهما على أنها ساذجة ف قيل له فأنها تساوي ثلاثين ألف درهم فإذا بيعت ساذجة تساوي عشرين ديناراً قال لا تباع إلا على أنها ساذجة ، ووجه ذلك ما روى أبو امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يجوز بيع المغنيات ولا أئمانهن ولا كسبهن » قال الترمذي : هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد وقد تكلم فيه أهل العلم ورواه ابن ماجه وهذا يحمل على بيعهن لأجل النساء ، فأما ما لهن الحاصلة بغير الغناء فلا تبطل كما أن العصور لا يحرم بيعه لغير الخمر لصلاحيته للخمر

(فصل) ولا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعه ولا شراؤه ، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن يبيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة يجوز للمسلم أن يوكّل ذمياً في بيعها وشراؤها وهو غير صحيح فإن حاشية روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت التجارة في الخمر » وعن جابر أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام » ف قيل يارسول الله أ رأيت شعور الميتة فإنه تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ فقال « لا ، هو حرام » ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قاتل الله اليهود إن الله تعالى حرم عليهم شحومها فجملوه ثم إبعوه وأكلاؤهم » متفق عليه . ومن وكل في بيع الخمر وأكل ثمنه فقد أشبههم في ذلك ولأن الخمر نجسة محرمة يحرم

وإن كان مما لا يتغير لونه ويؤكل طيباً كالقثاء والخيار فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة ، وقال القاضي وأما حجاب الشافعي بلوغه تناهي عظمه وما قلناه أشبه بصلاحه عما قالوه فإن بدو صلاح الشيء ابتداءه

بيعها والتوكيل في بيعها كالميتة والخنزير ولأنه يحرم عليه بيعه فحرم عليه التوكيل في بيعه كالخنزير

(مسئلة) قال (ويبطل البيع اذا كان فيه شرطان ولا يبطله شرط واحد)

ثبت عن أحمد رحمه الله انه قال : الشرط الواحد لا بأس به انما نهى عن الشرطين في البيع، ذهب أحمد إلى ما روى عبدالله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا يحل ساف وبيع ولا شرطان في بيع ولا تبسم ما ليس عندك» أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح. قال الاثرم قيل لأبي عبدالله إن هؤلاء يكرهون الشرط في البيع فنفض يده وقال الشرط الواحد لا بأس به في البيع انما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع وحديث جابر يدل على إباحة الشرط حين باعه جملة وشرط ظهره إلى المدينة، واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما فروى عن أحمد أنهما شرطان صحيحان لباسا من مصاحبة العقد فحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق فيمن اشترى ثوبا واشترط على البائع خياطته وقصارته أو طعما واشترط طعمه وحمله ان اشترط أحده هذه الاشياء فالبيع جائز وان اشترط شرطين فالبيع باطل، وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير، وروى الاثرم عن أحمد تفسير الشرطين أن يشترها على أنه لا يبيعها من أحد وأنه لا يطؤها ففسره بشرطين فاسدين، وروى عنه اسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع أن يقول اذا بمتكها فأنا أحق بها بالثمن وان تخدمني سنة، وظاهر كلام أحمد أن الشرطين المنهيين عنهما ما كان من هذا النحو فأما ان شرط شرطين أو أكثر من مقتضى العقد أو مصلحته مثل أن يبيعه بشرط الخيار والتأجيل والرهن والضمين أو بشرط أن يسلم اليه المبيع أو الثمن فهذا لا يؤثر في العقد وإن كثر، وقال القاضي في المجرد ظاهر كلام أحمد انه متى شرط في العقد شرطين بطل سواء كانا صحيحين أو فاسدين لمصاحبة العقد أو لغير مصلحته أخذاً من ظاهر الحديث وعملاً بعمومه، ولم يفرق الشافعي وأصحاب الرأي بين الشرط والشرطين، ورووا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط ولأن الصحيح لا يؤثر في البيع وإن كثر والفساد يؤثر فيه وإن اُتحد، والحديث الذي روياه يدل على الفرق ولأن الفرار اليسير اذا احتمل في العقد لا يلزم منه احتمال الكثير وحديثهم لم يصح وليس له أصل وقد أنكره أحمد ولا نعرفه مروياً في مسند ولا يعول عليه، وقول القاضي إن النهي يبقى على عمومه في كل شرطين بعيد أيضاً فان شرط ما يقتضيه العقد لا يؤثر فيه بغير خلاف وشرط ما هو من مصلحة العقد كالأجل والخيار والرهن والضمين وشرط صفة في المبيع كالكتابة والصناعة فيه مصلحة العقد فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً في بطلانه قلت أو كثرت، ولم يذكر أحمد في هذه المسئلة شيئاً من هذا القسم فالظاهر انه غير مراد له

(فصل) والشروط تنقسم الى أربعة اقسام (احدها) ما هو من مقتضى العقد كاشتراط التسليم وخيار المجلس والتفاض في الحال فهذا وجوده كعدمه لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد (اثنائي) تتعلق به مصاحبة العاقدين كالاجل والخيار والرهن والضمين والشهادة او اشتراط صفة مقصودة في المبيع

وتتأهي عظمه آخر صلاحه، ولان بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز فلا يجوز أن يحمل بدو صلاحه فيها يقاس عليه بسبقه قطعه عادة وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك والشافعي وكثير من

كالصناعة والكتابة ونحوها فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به ولا نعلم في دية هذين القسمين خلافاً (الثالث) ما ليس من مقتضاء ولا من مصلحته ولا ينافي مقتضاه وهو نوهان (أحدهما) اشتراط منفعة البائع في المبيع فهذا قد مضى ذكره (الثاني) أن يشترط عقداً في عقد نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر أو يشتري منه أو يؤجره أو يزوجه أو يسافه أو يصرف له الثمن أو غيره فهذا شرط فاسد يفسد به البيع سواء اشترطه البائع أو المشتري وسنذكره إن شاء الله تعالى (الرابع) اشتراط ما ينافي مقتضى البيع وهو على ضربين (أحدهما) اشتراط ما ينافي على التغليب والسرارية ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد فهل يصح على روايتين (إحداها) يصح وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي لأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاهها فأنكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق (والثانية) الشرط فاسد وهو مذهب أبي حنيفة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه أشبه ما لو شرط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها ، وإن حكمنا بصحته فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه وإن لم يعتقه ففيه وجهان (أحدهما) يحجر لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعينه فيجبر عليه كما لو نذر عتقه (والثاني) لا يحجر لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط بدليل ما لو شرط الرهن والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ لأنه لم يسلم له ما شرطه له أشبه ما لو شرط عليه رهناً ، وإن تعيب المبيع أو كان أمة فأحبها أعتقه وأجزأه لأن الرق باق فيه ، وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئاً فهو له ، وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري ، إنقصه شرط العتق فيقال كم قيمته لو بيع مطلقاً ، ولم يساوي إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته (الضرب الثاني) أن يشترط غير العتق مثل أن يشترط أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق ولا يبطأ أو يشترط عليه أن يبيعه أو يقفه أو متى نفق المبيع وإلا رده ، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له فهذه وما أشبهها شروط فاسدة وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين . قال القاضي المنصوص عن أحمد إن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الحارثي فهذا وهو قول الحسن والشعبي والزهري والحكم وابن أبي ليلى وأبي ثور (والثانية) البيع فاسد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ولأنه شرط فاسد فأفسد البيع كما لو شرط فيه عقداً آخر ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن وذلك مجوول فيصير الثمن مجهولاً ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه والمشتري كذلك إذا كان الشرط له فلو صح البيع بدون زوال ملكه بغير رضاه والبيع من شرطه التراضي ولنا ما روت عائشة قالت جاءني بريرة فقالت كاتب أهلي غلى تسع أواق في كل عام أوقية فأعني فقلت أن أحب أهلك إن أعدها لهم غدة واحدة ويكون لي ولاؤك فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس فقالت اني عرضت عليهم فأبوا إلا أن يكفوا الولاء لهم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرت عائشة النبي صلى الله عليه وسلم فقال « خذها أهل العلم أو مقارب له ، وقال عطاء لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل أو كثير وروي عن ابن عمر وابن عباس ولعلمهم أرادوا صلاحه للأكل فيرجع مضاه إلى ما قلنا فان ابن عباس قال : نهى رسول الله صلى

واشترطي الولاء فانما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد : ما بال رجال يشترون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وأما الولاء لمن أعتق » متفق عليه فأبطل الشرط ولم يبطل العقد قال ابن المذخر خبر بريرة ثابت ولا نعلم خبراً يعارضه فالقول به يجب ، فإن قيل المراد بقوله اشترطي لهم الولاء أى عليهم بدليل أنه امرها به ولا يأمرها بفاسد ، قلنا لا يصح هذا التأويل لوجهين (أحدهما) أن الولاء لها باعتبارها فلا حاجة إلى اشتراطه (الثاني) أنهم أبوا البيع إلا أن يشترط الولاء لهم فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما امره بذلك فليس هو امرأ على الحقيقة وإنما هو صيغة الامر بمعنى التسوية بين الاشتراط وتركه كقوله تعالى (استغفر لهم أو لا تستغفر لهم) وقوله (اصبروا أو لا تصبروا) والتقدير واشترطي لهم الولاء أو لا تشترطي ولهذا قال عقيه فانما الولاء لمن أعتق وحديثهم لا أصل له على ما ذكرنا ، وما ذكره من المعنى في مقابلة النص غير مقبول

(فصل) فان حكمنا بصحة البيع فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ذكره القاضي والمشتري الرجوع بزيادة الثمن إن كان هو المشتري لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشروط ، والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه فإذا لم يحصل غرضه ينبغي أن يرجع بما سمح به كما لو وجدته معيباً

(فصل) فان حكمنا بفساد العقد لم يحصل به ملك سواء اتصل به القبض أو لم يتصل ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ولا هبة ولا عتق ولا غيره وبهذا قال الشافعي ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض وللبائع الرجوع فيه فيأخذه مع الزيادة المنفصلة إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفاً يمنع الرجوع فيه فيأخذ قيمته واحتج بحديث بريرة فان عائشة اشترته بشرط الولاء فأعتقها فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق ، والبيع فاسد ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط فوجب أن يملكه كما لو كان العقد صحيحاً ولنا أنه مقبوض بعقد فاسد فلم يملكه كما لو كان الثمن ميتة أو دماً فاما حديث بريرة فانما يدل على صحة العقد لا على ما ذكره وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم أنكار النبي صلى الله عليه وسلم هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقاً له عند فلم يؤثر فيه (فصل) وعليه رد المبيع مع نمائه المتصل والمنفصل وأجرة مثله مدة بقائه في يده وإن نقص ضمن نقصه لأنها جملة مضمونة فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً فإن تلف المبيع في يد المشتري فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف قاله القاضي ولأن أحمد نص عليه في النصب ولأنه قبضه بأذن مالكه فأشبهه العارية ، وذكر الخريفي في النصب أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت فيخرج هنا كذلك وهو أولى لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها وعليه ضمان نقصها مع زيادتها فكذلك في حال تلفها كما لو تلفها بالجنابة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل متفق عليه ، وإن أرادوا حقيقة الاكل فيحمل على ذلك موافقة لاكثر الاخبار وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الثمر حتى يطيب

(فصل) فان كان المبيع امة فوطئها المشتري فلا حد عليه لاعتقاده انها ملكه ولان في الملك اختلافا وعليه مهر مثلها لان الحد اذا سقط للشبهة وجب المهر ، ولان الوطء في ملك الغير يوجب المهر وعليه أرش البكارة إن كانت بكراً ، فان قيل أليس اذا زوج امرأة تزويجاً فاسداً فوطئها فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا لان النكاح تضمن الاذن في الوطء المذهب للبكارة لانه معقود على الوطء ولا كذلك البيع فانه ليس بمعقود على الوطء بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها ولا يحل نكاحها ، فان قيل فاذا اوجبت مهر بكر فكيف توجبون ضمان البكارة وقد دخل ضمانها في المهر ؟ واذا اوجبت ضمان البكارة فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمانها لها فجري مجرى من أزال بكارتها بإصبعه ثم وطئها ؟ قلنا لان مهر البكر ضمان المنفعة وأرش البكارة ضمان جزء فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فانه إذا وطئها بكراً فقد استوفى نفع هذا الجزء فوجب قيمته بما استوفى من نفعه فاذا أتلفه وجب ضمان عنه ، ولا يجوز ان تضمن العين ويسقط ضمان المنفعة كما لو غصب عينا ذات منفعة فاستوفى منفعتها ثم أتلفها أو غصب ثوبا فلبسه حتى أبلاه وأتلفه فانه يضمن القيمة والمنفعة كذا ههنا

(فصل) وإن ولدت كان ولدها حراً لأنه وطئها بشبهة ويحقق به النسب لذلك ولا ولاء عليه لأنه حر الاصل وعلى الواطيء قيمته يوم وضعه لانه يوم الحيلولة بينه وبين صاحبه فان سقط ميتاً لم يضمن لأنه انما يضمنه حين وضعه ولا قيمة له حينئذ ، فان قيل فلو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً وجب ضمانه ، قلنا الضارب يجب عليه غرة وههنا يضمنه بقيمته ولا قيمة له ، ولان الجناني أتلفه وقطع ماله وههنا يضمنه بالحيلولة بينه وبين سيده ، ووقت الحيلولة وقت السقوط وكان ميتاً فلم يجب ضمانه وعليه ضمان نقص الولادة ، وان ضرب بطنها أجني فألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب غرة عبد أو أمة للسيد منها أقل الامرين من أرش الجنين أو قيمته يوم سقط لان ضمان الضارب له مقام خروجه حياً ولذلك ضمنه البائع. وانما كان للسيد أقل الامرين لان الغرة ان كانت أكثر من القيمة فالباقي منها لورثته لانه حصل بالحرية فلا يستحق السيد منها شيئاً ، وإن كانت أقل لم يكن على الضارب أكثر منها لانه بسبب ذلك ضمن ، وإن ضرب الواطيء بطنها فألقت الجنين ميتاً فعليه الغرة أيضاً ولا يرث منها شيئاً وللسيد أقل الامرين كما ذكرنا وإن سلم الجارية المبيعة الى البائنه حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة وإن تلفت بذلك ضمنها لان تلفها بسبب منه ، وان ملكها الواطيء لم تصر بذلك أم ولد على الصحيح من المذهب لانها علفت منه في غير ملكه فأشبه الزوجة ، وهكذا كل موضع جبلت في ملك غيره ولا تصير له أم ولد بهذا

(فصل) اذا باع المشتري المبيع الفاسد لم يصح لانه باع ملك غيره بغير اذنه وعلى المشتري رده على البائع الاول لانه ماله ولبائنه أخذه حيث وجده ويرجع المشتري الثاني بالثمن على الذي باعه ويرجع الاول على بائنه فان تلف في يد الثاني فللبائع مطالبة من شاء منهما لان الاول ضامن والثاني قبضه من يد ضامنه بغير إذن صاحبه فكان ضامناً ، فان كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني لم يرجع بالفضل على الاول لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه ، فان ضمن الاول رجع بالفضل على الثاني

(فصل) وان زاد المبيع في يد المشتري بسمن أو نحوه ثم نقص حتى عاد الى ما كان عليه أو ولدت

أكله متفق عليه ، ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهر قيل ومازهره؟ قال «نحار أو تصفار» رواه البخاري ونهى عن بيع النبت حتى يسود ، رواه الترمذي وابن ماجه والاحاديث في هذا كثيرة كلها تدل

الامة في يد المشتري ثم مات ولدها احتمل أن يضمن تلك الزيادة لانها زيادة في عين مضمونة أشبهت الزيادة في المنصوب، واحتمل أن لا يضمنها لانه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده ، فان تلفت بتفريطه أو عدوانه ضمنها والا فلا ، وان تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة وضمنها بما بقي من القيمة حين اتلف . قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحد (فصل) اذا باع يبعاً فاسداً وتقاضاً ثم أنلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع وللمشتري أسوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لانه في يده فكان أحق به كالمهرين ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان ودبعة عنده بخلاف المرهن فانه قبضه على أنه وثيقة بحقه

(فصل) اذا قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لان الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري ، فاذا شرط كون بعضه على غيره لم يصح لانه لا يملك المنع والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال أعتق عبدك أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أما في مسئلتنا فانه معاوضة في مقابلة نقل الملك فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وان كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان (فصل) والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع الى البائع درهماً أو غيره على أنه ان أخذ السلعة احتسب به من الثمن وان لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال عربون وأربون وعربان وأربان ، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر انه أجازه ، وقال ابن سيرين لا بأس به ، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس اذا كره السلعة أن يرد لها ويرد معها شيئاً وقال أحمد هذا في مناه واختار أبو الخطاب انه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس والحسن لان النبي ﷺ نهى عن بيع العربون ، رواه ابن ماجه ، ولانه شرط للبائع شيئاً بغير عوض فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولانه بمنزلة الخيار المجهول فانه اشترط ان له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً ، وهذا هو القياس وانما صار أحمد فيه الى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث انه اشترى لعمردار السجن من صفوان بن أمية فان رضي عمر والا فله كذا وكذا . قال الاثرم قلت لأحمد تذهب اليه ؟ قال اي شيء أقول ؟ هذا عمر رضي الله عنه وضف الحديث المروي ، روى هذه القصة الاثرم باسناده ، فأما ان دفع اليه قبل البيع درهماً وقال لا تبع هذه السلعة لغيري وان لم أشتريها منك فهذا الدرهم لك ثم اشتراها منه بعد ذلك بعقد مبتدئ وحسب الدرهم من الثمن صح لان البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل ان الشراء الذي اشترى لعمردار كان على هذا الوجه فيحمل عليه جمعا بين فعله وبين الخبر وموافقة القياس والأئمة القائلين بفساد العربون ، وان لم يشتري السلعة في هذه الصورة لم يستحق البائع الدرهم لانه يأخذ بغير عوض ولصاحبه الرجوع فيه ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره وتأخير بيعه من أجله لانه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء ولان الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ولو جازت

على هذا المعنى والله أعلم .

(مسئلة) (ومن باع عبداً وله مال فإله للبائع الا أن يشترطه المبتاع)

لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الاجارة

(مسئلة) قال (واذا قال بمتك بكذا على ان آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع وكذلك ان باعه بذهب على ان يأخذ منه دراهم بصرف ذ كراه)

وجملته أن البيع بهذه الصفة باطل لانه شرط في العقد أن يصار فيه بالثمن الذي وقع العقد به والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان في بيعة قال أحمد هذا معناه، وقد روي أبو هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة، أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وروي أيضاً عن عبد الله بن عمرو عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهكذا كل ما كان في معنى هذا مثل أن يقول بمتك داري هذه على أن أبيعك داري الاخرى بكذا أو على أن تبيعني دارك أو على أن أؤجرك أو على أن تؤجرني كذا أو على أن تزوجني ابنتك أو على أن أزوجه ابنتي ونحو هذا فهذا كله لا يصح، قال ابن مسعود الصفقتان في صفقة ربا وهذا قول أبي حنيفة والشافعي وجمهور العلماء وجوزوه مالاك وقال لا ألفت الى اللفظ الفاسد اذا كان معلوما حلالا فكأنه باع السلعة بالدراهم التي ذكر أنه يأخذها بالدنانير. ولنا الخبر وان النهي يقتضي الفساد ولان العقد لا يجب بالشرط لكونه لا يثبت في الذمة فيسقط فيفسد العقد لان البائع لم يرض به الا بذلك الشرط فاذا فات الرضى به، ولانه شرط عقد في عقد لم يصح كتكاح الشغار، وقوله لا ألفت الى اللفظ لا يصح لان البيع هو اللفظ فاذا كان فاسدا فكيف يكون صحيحا؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله أعلم

(فصل) وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر وهو أن يقول بمتك هذا العبد بعشرة نقداً أو بخمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة أو تسعة صحاحا هكذا فسره مالك والثوري واسحاق وهو أيضاً باطل وهو قول الجمهور لانه لم يحزم له بيع واحد فأشبهه ما لو قال بمتك هذا أو هذا ولان الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ولان أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بمتك أحد عبيدي، وقد روي عن طاوس والحكم وجاد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبيعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدهما وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا فقال خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقدا كافيا، وان لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب أو يدل عليه فلم يصح لان ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجابا لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد فيمن قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم انه يصح فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن العقد تم يمكن أن يصح لكونه جملة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع ولان العمل الذي يستحق به الاجرة لا يمكن وقوعه إلا على احدي الصفقتين فتعين الاجرة المسماة عوضا له فلا يفضي الى التنازع وهنا بخلافه

(فصل) ولو باعه بشرط أن يسلفه أو يقرضه أو شرط المشتري ذلك عليه فهو محزم والبيع باطل

إذا باع عبده أو أمته وله مال ملكه إياه أو خصه به فهو للبائع لما روي ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» رواه مسلم

وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا الا ان مالكا قال ان ترك مشترط السلف السلف صح البيع . ولنا ما روى عبد الله بن عمرو ان النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن وعن بيع ما لم يقبض ، وعن بيعتين في بيعة ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف ، أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، وفي لفظ « لا يحل بيع وسلف » ولانه اشترط عقداً في عقد ففسد بيعتين في بيعة ولانه اذا اشترط القرض زاد في الثمن لاجله فتصير الزيادة في الثمن عوضا عن القرض وربحا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به ولانه بيع فاسد فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين ثم ترك أحدهما (فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بمعرض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الاجارة نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا الثوب بعشرين درهما ، أو بعتك هذه الدار وأجرتك الاخرى بألف أو باعه سيفاً محلي بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبتك عبداه بألف صح العقد فيهما لانهما عيان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعين كالعبدين وهذا أحد قولي الشافعي ، وقال أبو الخطاب في ذلك وجه آخر أنه لا يصح وهو القول الثاني للشافعي لان حكمها مختلف فان المبيع يضمن بمجرد البيع والاجارة بخلافه والاول أصح وما ذكره يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فانه يصح مع اختلاف حكمها بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر فاما ان جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبك وبتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة لم يصح لان المكاتب قبل عام الكتابة عبد فن لا يصح أن يشتري من سيده شيئا ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن ، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة ، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال في الكل وجهان والذي ذكرناه ان شاء الله تعالى أولى (فصل) في تفريق الصفقة ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بشئ واحد وهو على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يبيع معلوما ومجهولا كقوله بعتك هذه الفرس وما في بطن هذه الفرس الاخرى بألف فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لان المجهول لا يصح بيعه لجہالته والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل الى معرفته لان معرفته انما تكون بتقسيم الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط

(الثاني) أن يكون الميعان ما ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير اذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك الا بمضاه فيهما وجهان (أحدهما) يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه (والثاني) لا يصح فيهما وأصل الوجهين ان أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين (إحداها) يفسد فيهما (والثانية) يصح في الحرية والاولى أنه يصح فيما يملكه وهو قول مالك وأبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال في الاخر لا يصح وهو قول أبي ثور لان الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولان الصفقة اذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الاختين وبيع درهم بدرهمين ولنا أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فاذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه

وغيره ولان العبد وماله للبائع ، فاذا باع العبد احتص البيع به دون غيره كما لو كان له عبدان فباع أحدهما وان اشترطه المبتاع كان له للخبر ، روي ذلك عن عمر بن الخطاب وقضى به شريح ، وبه

كما لو باع شقصا وسيفا ولان ما يجوز له يعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح كما لو انقرد ، ولان البيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحد المحلين لثبوته غن قبوله فيصح في الآخر كما لو أوصى بشيء لآدمي وبيمة ، وأما الدرهم والاختان فليس واحد منها أولى بالفساد من الآخر فلذلك فسد فيهما وههنا بخلافه

(القسم الثالث) ان يكون الميعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالاجزاء كعبد وحر وخل وخر وعبد وعبد غيره وعبد حاضر وآبق فهذا يبطل البيع فيا لا يصح بيعه وفي الاخر روايتان نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبيدين فوجد أحدهما حراً فلها قيمة العبدین فأبطل الصداق فيهما جميعا ، وللشافعي قولان كالروايتين وأبطل مالك العقد فيهما الا أن يبيع ملكه وملك غيره فيصح في ملكه ويقف في ملك غيره على الاجازة ، ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص أو اجماع كالحر والحر لم يصح العقد فيهما ، وان لم يثبت بذلك كملكه وملك غيره صح فيا يملكه لان ما اختلف فيه يمكن أن يلحقه حكم الاجازة بحكم حاكم بصحة بيعه ، وقال أبو ثور لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني ولان الثمن مجهول لانه انما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة وذلك مجهول في الحال فلم يصح البيع به كما لو قال بعتك هذه السلعة برقمها أو بحصة من رأس المال ولانه لو صرح به فقال بعتك هذا بقسطه من الثمن لم يصح فكذلك اذا لم يصرح ، وقال من نصر الرواية الاولى انه متى سمي ثمننا في مبيع يسقط بعضه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة كما لو وجد بعض المبيع مميبا فأخذ أرشه ، والقول بالفساد في هذا القسم ان شاء الله أظهر والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود اذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع الا ان الظاهر فيها الصحة لانها ليست عقود معاوضة فلا توجد جهالة العوض فيها

(فصل) وان وقع العقد على مكمل أو موزون فتلف بعضه قبل قبضه لم يفسخ العقد في الباقي رواية واحدة ويأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان العقد وقع صحيحا فذهاب بعضه لا يفسخه كما بعد القبض وكما لو وجد أحد الميعين مميبا فردّه أو أقال أحد المتبايعين الآخر في بعض المبيع

(فصل) وان كان لرجلين عبدان لكل واحد عبد فباعهما صفقة واحدة بثمن واحد أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد ففيه وجهان (أحدهما) يصح فيهما ويتقسط العوض على قدر قيمتهما وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان جملة الثمن معلومة فصح كما لو كانا لرجل واحد وكما لو باعا عبداً واحداً لهما أو قفيزين من صبرة واحدة (والثاني) لا يصح لان كل واحد منهما مبيع بقسطه من الثمن وهو مجهول على ما قدمنا وفارق ما اذا كانا لرجل واحد فان جملة المبيع مقابلة بجملة الثمن من غير تقسيط والعبد المشترك والقفيزان ينقسم الثمن عليهما بالاجزاء فلا جهالة فيه

(فصل) ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة وكان المشتري عالما بالحال فلا خيار له لانه دخل على بصيرة وان لم يعلم مثل أن اشترى عبدا يظنه كاه للبائع فبان أنه لا يملك الا نصفه أو عبيدين فبين أنه لا يملك الا أحدهما فله الخيار بين الفسخ والامساك لان الصفقة تبعضت عليه ، وأما البائع فلا خيار

قال مالك والشافعي وإسحاق.

مسئلة (فان كان قصده المال اشترط عليه وسائر شروط المبيع ، وإن لم يكن قصده

له لانه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه ولو وقع العقد على شيئين يفتقر الى القبض فيها فتلف أحدها قبل قبضه فقال القاضي للمشتري الخيار بين امساك الباقي بحصته وبين الفسخ لان حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع حكم ما قبل العقد بدليل أنه لو تميب قبل قبضه لملك المشتري الفسخ به

(مسئلة) قال (ويتجر الوصي بمال اليتيم ولا ضمان عليه والربح كله لليتيم فان أعطاه لمن يضارب له به فللمضارب من الربح ما وافقه الوصي عليه)

وجعلته ان لولي اليتيم أن يضارب بماله ولأن يدفعه الى من يضارب له به ويجعل له نصيبا من الربح أبان كان أو وصيا أو حاكما أو أمين حاكم وهو أولى من تركه ومن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ويروى إباحة التجارة به عن عمرو عائشة والضحاك ولا نعلم أحدا كرهه الا ماروي عن الحسن ولعله أراد اجتناب المخاطرة به ولأن خزنه أحفظ له، والذي عليه الجمهور أولى لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ولي يتيما له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو أصح من المرفوع ولأن ذلك احظ للمولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البائعون في اموالهم وأموال من يمز عليهم من أولادهم الا أنه لا يتجر الا في المواضع الآمنة ولا يدفعه الا لأمين ولا يفرر بماله ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمن قريب من الساحل ويحتمل أنها جعلته من ضمانه عليها أن هلك غرته فتى انجر في المال بنفسه فالربح كله لليتيم، واجاز الحسن بن صالح واسحاق أن يأخذه الوصي مضاربة لنفسه لانه جاز أن يدفعه بذلك الى غيره فجاز أن يأخذ ذلك لنفسه والصحيح ما قلنا لان الربح بماء مال اليتيم فلا يستحقه غيره الا بعقد ولا يجوز ان يعقد الولي المضاربة مع نفسه فاما إن دفعه الى غيره فللمضارب ما جعله له الولي ووافقه عليه أي اتفقا عليه في قولهم جميعا لان الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته وهذا فيه مصلحته فصار تصرفه فيه كتصرف المالك في ماله

(فصل) ويجوز لولي اليتيم ابضاع ماله ومعناه دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم ، وقد روي عن عائشة رضي الله عنها أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر ولانه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى ويجوز أن يشتري له العقار لانه مصلحة له فانه يحصل منه الفضل ويبقى الاصل والفرر فيه أقل من التجارة لان أصله محفوظ ويجوز أن يبني له عقارا لانه في معنى الشراء الا أن يكون الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه واذا أراد البناء بناء بما يرى الحظ في البناء به ، وقال اصحابنا يبينه بالآجر والطين ولا يبني بالبن لانه اذا هدم لا مرجوع له ولا يحصى لانه يلتصق بالآجر فلا يتخلص منه فاذا هدم فسد الآجر لان تخليصه منه يفضي إلى كسره ، وهذا مذهب الشافعي ، والذي قلناه أولى ان شاء الله تعالى فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضيع

المال لم يشترط علمه

إذا اشترى عبدا واشترط ماله وكان المال مقصودا بالشراء صح اشتراطه للخبر ويشترط أن يوجد

حظه وماله ولا يجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر الناجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا يحتاج إليه مع أن كثيراً من البلدان لا يوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عاداتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا إلى غرامة كثيرة لا يحصل منها طائل وقول أصحابنا يختص من عاداتهم البناء بالآجر كالمرأى ونحوها فلا يصح في حق غيرهم

(فصل) ولا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لاتا تأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيكون بيعه تفويتاً للحظ فإن احتيج إلى بيعه جاز نقل أبو داود عن أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار إذا كان نظرهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق قالوا يبيع إذا رأى الصلاح. قال القاضي لا يجوز إلا في موضعين (أحدهما) أن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو مالا بد منه وليس له ما تدفع به حاجته (الثاني) أن يكون في بيعه غبطة وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على من المثل قال أبو الخطاب كالثالث ونحوه أو يخاف عليه الهلاك بفرق أو خراب أو نحوه : وهذا مذهب الشافعي ، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم ولا يختص بما ذكره ، وقد يرى الولي الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشترى له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ولا يمكنه شراؤه إلا يبيع عقاره وقد تكون داره في مكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعهما ويشترى له بشئاً داراً يصلح له المقام بها وإشباع هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وإن دفع فيه مثلاً منه إما لحاجته إليه وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم «من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه» فلا يجوز بيعه إذاً فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه وإلا فلا

(فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابة رقيق اليتيم واعتاقه على مال إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفاً فيكتبه بألفين أو بعتقه بألفين فإن لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز إعتاقه لأن الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعي لا تجوز كتابته ولا اعتاقه لأن المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم تجز كالاقتناع بغير عوض ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فملكها وليه كبيعته ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقاً فإنه إذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فإنه لا نفع فيه فنفع منه لعدم الحظ وانتفاء مقتضى لا لما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً ، ويتوجه أن يصح قال أبو بكر يتوجه العتق بغير عوض للحظ مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها بساويان مائة مجتمعين ولو أفردت أحدهما ساوت مائتين ولا يمكن أفرادها بالبيع فيعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضئف قيمتها

(فصل) قال أحمد ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية إذا كان له مال يعني مالا كثيراً لا يتضرر بشراء الأضحية فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو عيد ويوم فرح فيه شرائط البيع من العلم به وألا يكون بينه وبين الثمن ربا كما يعتبر ذلك في المينين المبيعتين لانه مبيع مقصود فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعها ، وإن لم يكن قصده المال صح شرطه وإن كان

وفيه جبر قلبه وتطيبه والحاقه بمن له أب فيزله منزلة الثياب الحسنة وشراء اللحم سيما مع استجباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بها بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم «لها أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل»
رواه مسلم ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الخبز وأمكن في حصول الادم فهو أولى وإن كان أفراد أرفق به أفردته لقول الله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فآخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأنتهكم إن الله عزيز حكيم) أي ضيق عليكم وشدد من قولهم أعنت فلان فلانا إذا ضيق عليه وشدد وعنت الرجل إذا ضلعت ، ويجوز للوصي ترك الصبي في المسكتب بغير إذن الحاكم وحكي لأحد قول سفيان لا يسلم الوصي الصبي إلا بإذن الحاكم فأنكر ذلك وذلك لأن المسكتب من مصالحه فجري مجرى نفقته لما كوله ومشروبه وملبوسه وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة إذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(فصل) وإذا كان الولي موسراً فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً إذا لم يكن أباً لقوله تعالى (ومن كان غنياً فليستغفف) وإن كان فقيراً فله أقل الأمرين من أجرته أو قدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجد في فاه إذا أكل منه ذلك القدر ثم أيسر فإن كان أباً لم يلزمه عوضه رواية واحدة لأن للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وإن كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك؟ عني روايتين (أحدهما) لا يلزمه وهو قول الحسن والتخمي وأحد قولي الشافعي لأن الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض فأشبهه سائر ما أمر بأكله ولا نه عوض من عمله فلم يلزمه بدله كالأجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره والا ول أصح لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فإن اليسار ليس بسبب للوجوب فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده وفارق المضطر فإن العوض واجب عليه في ذمته ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(فصل) فأما قرض مال اليتيم فإذا لم يكن فيه حفظ له لم يجوز قرضه ، فحق أمكن الولي التجارة به أو تحصيل عقار له فيه الحظ لم يقرضه لأن ذلك يفوت الحظ على اليتيم وإن لم يكن ذلك وكان قرضه حظاً لليتيم جاز . قال أحمد : لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته ومودته ويقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحد أن عمر استقرض مال اليتيم قال إنما استقرض نظراً لليتيم واحتياطاً إن أصابه بشيء غرمه ، قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلد فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الفرار في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو نحوهما ، أو يكون ما يتلف بتناول مدته أو حديثه خير من تقديمه كالخطة ونحوها فيقرضه خوفاً أن يسوس أو تنقص قيمته وأشياء هذا فيجوز القرض لأنه مال لليتيم فيه الحظ فجاز كالتجارة به ، وإن لم يكن فيه حظ وإنما قصد إرفاق المقرض وقضاء حاجته فهذا غير جائز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجوز كهبته ، وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، وقرضه لثقة أمين

مجهولاً نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي ثور والبي ، وسواء كان المال من جنس الثمن أو من غير جنسه عيناً كان أو ديناً ، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر . قال البي : إذا باع عبداً بألف

أولى من إبداعه لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت ، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إبداعه لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه فانه ربما رأى الإبداع أحظ له من القرض فلا يكون مفراطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا للميء أمين ليأمن جوعه وتعدر الأيفاء وينبغي أن يأخذ رهناً أن أمكنه ، وإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لأن الظاهر ممن يستقرضه من أجل حفظ اليتيم أنه لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن بفوت هذا الحظ ، وقال أبو الخطاب يقرضه إذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برهن لأن فيه احتياطاً للمال وحفظاً له عن الجحد والمطل ، وإن أمكنه أخذ الرهن فالأولى له أخذه احتياطاً على المال وحفظاً له ، فإن تركه احتتمل أن يضمن أن ضاع المال لتفريطه ، واحتمل أن لا يضمن لأن الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستتبع فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين لأنه متصرف بالأذن في مال غيره فأشبهه الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه

(فصل) وإذا ادعى الولي الاتفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى أنه باع عقاره لحظه أو بناء لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي لا يبيح الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بينة ولا يقبل قولها في ذلك ويقبل قول الأب والجدة . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجدة ، ولأنه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب ، وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل إلا بينة ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه ، وإن قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين ، وقال الغلام مامات أبي إلا منذ سنتين فالقول قول الغلام ذكره القاضي لأن الأصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فكان القول قول من يوافق قوله الأصل

(فصل) قال أحمد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ إذا كان من طريق النظر ، وقال أصحابنا يجوز للوصي البيع على الصغار والكبار إذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه اضراراً وبالصغار حاجة إلى البيع إما لقضاء دين أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار والكبار فيما لا بد منه ولعلها أراداً هذه الصورة لأن في ذلك نظراً للصغار واحتياطاً للميت في قضاء دينه وقال الشافعي لا يصح بيعه على الكبار لأنه تصرف في مال غيره من غير وكالة ولا ولاية فلم يصح كبيع ماله المفروز أو مالا تضرر قسمته وهذا هو الصحيح وما ذكرناه لأصل له يقاس عليه ويمارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ماله بغير إذنهم ، ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار فلم يجز له بيع العقار كالأجنبي (فصل) ويصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي فيه في إحدى الروايتين وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لأنه غير مكلف أشبه غير المميز ، ولأن

درهم ومعه ألف درهم فالبيع جائز إذا كان رغبة المتاع في البذل لا في الدرهم وذلك لأنه دخل في البيع تبعاً غير مقصود فأشبهه أساسات الحيطان والتعوي بالذهب في السقوف ، وقال القاضي : هذا

العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لحقائه وتزايد خفي التدريب فجعل الشارع له ضابطا وهو البلوغ فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنس منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم ، وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء وليعلم هل يغبن أولا ، ولانه عاقل يميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالعبد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تمييزه ومعرفته ولا حاجة إلى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه قلنا يعلم ذلك بآثاره وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البائع فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه كذا ههنا ، فأما إن تصرف بغير اذن وليه لم يصح تصرفه ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ، ومبنى ذلك على ما اذا تصرف في مال غيره بغير اذنه وقد ذكرناها فيما مضى ، وأما غير المميز فلا يصح تصرفه وإن أذن له الولي فيه إلا في الشيء اليسير كما روي عن أبي الدرداء أنه اشترى من صبي عصفوراً فأرسله ذكره ابن أبي موسى

﴿مسئلة﴾ قال (وما استدان العبد فهو في رقبته يقيده سيده أو يسلمه ، فان جاوز ما استدان قيمته

لم يكن على سيده أكثر من قيمته إلا أن يكون - أذونا له في التجارة فيلزم مولا جميع ما استدان)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) في استدانة العبد ، يعني أخذه بالدين يقال ادان واستدان وتدين . قال الشاعر :

يؤنبن في الدين قومي وانما تديننت فيما سوف يكسبهم حمداً

والعبد قسمان : محجور عليه فإلزمه من الدين بغير رضی سيده مثل أن يقترض أو يشتري شيئاً في ذمته ففيه روايتان (أحدهما) يتعلق برقبته اختارها الحنفي وأبو بكر لأنه دين يلزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كإش جنايته (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهذا مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كموض الخلع من الامة وكالحرق

(القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد أو برقبته ؟ على روايتين ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضى من له الدين أشبه غير المأذون أو فوجب أن لا يتعلق برقبته كما لو استقرض بغير اذن سيده ، وقال أبو حنيفة يباع اذا طالب الغرماء يبيعه وهذا معناه أنه تعلق برقبته لانه دين ثبت برضى من له الدين فيباع فيه كما لو رهنه . ولنا أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامناً كما لو قال لهم دابنوه أو أذن في استدانة زيد على قيمته ولا فرق بين الدين الذي يلزمه في التجارة المأذون فيها أو فيما لم يؤذن فيه مثل أن أذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التعبير إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضاً (الفصل الثاني) فيما يلزمه من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته ، فهذا يتعلق برقبته العبد على

ينبغي على كون العبد يملك أولاً يملك . فان قلنا لا يملك فاشتراط المشتري ماله صار مبيعاً معه فاشتراط فيه ما يشترط في سائر المبيعات وهو مذهب أبي حنيفة ، وان قلنا يملك احتملت فيه الجهالة وغيرها مما

كل حال مأذونا أو غير مأذون رواية واحدة وبه يقول أبو حنيفة والشافعي ، وكل ما يتعلق برقبته فإن السيد يتخير بين تسليمه للبيع وبين فدائه ، فإن سلمه فبيع وكان ثمنه أقل من أرش جنائته فليس للمعني عليه الا ذلك لان العبد هو الجاني فلا يجب على غيره شيء ، وإن كان ثمنه أكثر فالفضل للسيد ، وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى أنه دفعه اليه عوضا عن الجنابة فلم يبق لسيدته فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضا عن الجنابة وهذا ليس بصحيح فإن المجني عليه لا يستحق أكثر من قدر أرش الجنابة عليه كما لو جنى عليه حر ، والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنائته ولأن الحق تعالى بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيدته كالرهن ولا يصح قولهم لأنه دفعه عوضا لأنه لو كان عوضا للملكة المجني عليه ولم يعم في الجنابة وأما دفعه لبيع فيؤخذ منه عوض الجنابة ويرد اليه الباقي ولذلك لو أنفق درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك لعجزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه ، وإن اختار السيد فدائه لزمه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنائته لأن أرش الجنابة إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجنابة من غيره وأما نجب قيمته ، وإن كان أقل فلم يجب بالجنابة الا هو وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش جنائته بالمال ما بلغ لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من ثمنه فإذا منع بيعه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين (الفصل الثالث) في تصرفاته أما غير المأذون فلا يصح بيعه ولا شراؤه بعين المال لأنه تصرف من المحجور فيما حجر عليه فيه فأشبهه المفلس ولأنه تصرف في ملك غيره بشراذه فهو كمتصرف الفضولي ويخرج أن يصح ويقف على اجازة السيد كذلك ، وأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيجتمل أن لا يصح لأنه محجور عليه أشبه السفهية ، ويحتمل أن يصح لأن الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف وإن كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وإن كان تالفاً فله قيمته أو مثله إن كان مثليا فإن تلف في يد السيد يرجع بذلك عليه لأن عين ماله تلف في يده ، وإن شاء كان ذلك متعلقا برقبة العبد لأنه الذي أخذه منه ، وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين وإن قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع والمقرض الرجوع فيما أقرض لأنه قد تحقق إفسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد ملكه بذلك وله ذلك لأنه أخذ من عبده ما لا في يده بحق فهو كالصيد فإذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال ، وإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد ، وأما العبد المأذون له فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه لأنهم فيه خلافا ولا يصح فيما زاد نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا أذن له في نوع انفق الحجر عنه وجاز له التصرف مطلقا لأن الحجر لا يتجزأ فإذا زال بعضه زال كله

ولنا أنه متصرف بالأذن فاخص تصرفه بمحل الاذن كالوكيل وقولهم إن الحجر لا يتجزأ لا يصح فإنه لو صرح بالأذن له في بيع عين ونهيه عن بيع أخرى صح وكذلك في الشراء كالوكيل

ذكرنا من قبل أنه بيع تبعاً فهو كطبي الآبار ، وهذا خلاف نص أحمد والخرفي قانها جملا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره . قال شيخنا : وهو أصح إن شاء الله تعالى ، واحتمال

وان أذن له السيد في ضمان أو كفالة ففعل صح وهل يتعلق بذمة السيد أو رقة العبد؟ على وجهين وان رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصح بذلك مأذونا له

(الفصل الرابع) في تصرفاته ان كان مأذونا له في التجارة قبل اقراره في قدر مأذون له ولم يقبل فيما زاد ولا يقبل اقرار غير المأذون له بالمال فان أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته لم يقبل على سيده لانه يقر بحق على غيره فلم يقبل كما لو أقر أن سيده باعه ويثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العنق وان أقر بجناية استوى في ذلك المأذون له وغيره ، وينقسم ذلك أقساما أربعة

(أحدها) جناية موجبا المال كاتلافه أو جناية خطأ أو شبه عمد أو جناية عمد فيها لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فلا يقبل اقراره بها لانه اقرار بالمال فلم يقبل كما لو أقر بدراهم أو دنانير (القسم الثاني) جناية موجبا حد سوى السرقة أو قصاص فيها دون النفس فيقبل اقراره بذلك وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ، وقال زفر وداود والمزني وجريز لا يقبل لانه يسقط به حق السيد فلا يقبل كالإقرار بجناية الخطأ

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قطع يد عبد باقراره السرقة وجلد عبد أقر عنده بالزنا نصف الحدولا مخالف له في الصحابة فكان اجماعا ولان ما لا يقبل اقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه اقرار العبد كالطلاق ولان العبد غير متهم فيه لان ضرره به اخص وهو بألمه امس فقبل اقراره كما لو أقرت به الزوجة وخرج على هذين المنين جناية الخطأ فان اقرار السيد بها مقبول ولا يتضرر العبد بها (القسم الثالث) اقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع ، ولا يقبل في المال سواء كانت العين تالفة أو باقية في يد السيد أو في يد العبد وهذا قال الشافعي ، ويحتمل ان لا يقطع اذا أقر بسرقة عين موجودة في يده وبهذا قال أبو حنيفة لان العين محكوم بها لسيده فلا يقطع بسرقة عين سيده ولان المطالبة بالمسروق شرط في القطع وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها ولان هذا شبهة والحدود تدرك بالشبهات ولنا خبر علي رضي الله عنه ولانه مقر بسرقة عين تبلغ نصابا فوجب قطعه كما لو أقر حر بسرقة عين في يد غيره ، وما ذكره يبطل بهذه الصورة وانما لم ترد العين الى المسروق منه لحق السيد وما في حق العبد فقد ثبت للمقر له ولهذا لو غتق وادت العين إلى يده لزمه ردها الى المقر له

(القسم الرابع) الاقرار بما يوجب القصاص في النفس فروي عن أحد أنه لا يقبل وعموم قول الحر في ان أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك يقتضي قبول اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أقر بما يوجب قصاصاً فقبل كإقراره بقطع اليد، ولانه أحد نوعي القصاص فقبل إقراره به كالأخر ولانه لا يقبل إقرار سيده عليه به فقبل إقراره به كالحدد، واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يقبل إقراره بالقصاص أصلا لانه إقرار على مال سيده ولانه متهم إذ يحتمل أن يكون عن مواطاة بينهما ليمفو على مال فيستحق رقة العبد ولذلك لم تحمل العاقلة اعترافا فتركنا موجب القياس لخبر علي رضي الله عنه ففيما عداه يبقى على موجب القياس ، ويقارن القصاص في النفس القصاص في الطرف لانه قد يحتمل أنه أراد التخلص من سيده ولو بفوات نفسه ، وكل

الجهالة فيه لكونه غير مقصود كاللبن في الضرع والحمل في البطن وأشياء ذلك فانه مبيع ويحتمل فيه الجهالة وغيرها لما ذكرنا ، وقد قيل ان المال ليس بمبيع ههنا ، وانما استبقاه المشتري على ملك العبد

موضع حكماً بقبول إقراره بالتقصص فحكمه حكم الثابتة بالينة فلولي الجناية العفو والاستيفاء والعفو على مال فان عفى تعاق الارش برقة العبد على ما مر بيانه ، ويحتمل أن لا يملك العفو على مال لثلاث يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بمال

(مسئلة) قال (وبيع الكلب باطلاً ، ان كان معلماً)

لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطل أي كلب كان، وبه قال الحسن وربيعة وحامد والاوزاعي والشافعي وداود وكره أبو هريرة ثمن الكلب ، ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله وعطاء والنخعي ، وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها وأخذ أئمتنا ، وعنه رواية في الكلب المقور أنه لا يجوز بيعه ، واختاف أصحاب مالك فمنهم من قال لا يجوز ومنهم من قال الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه وبكره ، واحتج من أجاز بيعه بما روي عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، ولأنه يباح الاتفاف به ويصح نقل اليد فيه والوصية به فصح بيعه كالحمار .

ولنا ما روى أبو مسعود الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن متفق عليه، وعن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثمن الكلب خبيث ومهر البغي خبيث وكسب الحجام خبيث» متفق عليها وروي عن ابن عباس أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب فان جاء يطلبه فامأوا كفه تراباً رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهى عن اقتنائه في غير حال الحاجة اليه أشبه الخنزير أو حيوان نجس الدين أشبه الخنزير . فأما حديثهم فقال أحمد هذا من الحسن بن أبي جعفر وهو ضعيف ، وقال الدارقطني الصحيح أنه موقوف على جابر وقال الترمذي لا يصح إسناد هذا الحديث وقد روي عن أبي هريرة ولا يصح أيضاً ، ويحتمل أنه أراد ولا كلب صيد ، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك . قال الشاعر :

وكل أخ مفارقة أخوه لعمرو أليك الا الفرقدان

أي والفرقدان ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد

(فصل) ولا تجوز إجارته نص عليه أحمد وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يجوز لأنهم منفعلة مباحة فجازت المعاوضة عنها كنفع الخمر. ولنا أنه حيوان محرم بيعه لحبسه فخرمت إجارته كالخنزير وقياسهم ينقص بضراب الفحل فأنهم منفعلة مباحة ولا يجوز إحارتها ولأن إباحة الاتفاف لم تبح بيعه فكذلك إجارته ولأن منفعته لا تضمن في النصب فأنه لو غصبه غاصب مدة لم يلزمه لذلك عوض فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة كنفع الخنزير .

(فصل) وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه لأنها نقل اليد فيه من غير عوض وتصح هبه لذلك وقال القاضي لا تصح لأنها تملك في الحياة أشبهت البيع والاول أصح ويفارق البيع لأنه يؤخذ عوضه وهو محرم ولاصحاب الشافعي وجهان كهدن

فلا يزول عنه إلى البائع وهو قريب من الاول.

(فصل) وإذا اشترط مال العبد في الشراء ثم رده باقالة أو عيب رد ماله وقال داود يردّه دون ماله

(مسألة) قال (ومن قتله وهو معلم فقد اساء ولا غرم عليه)

أما قتل المعلم فحرام وقاعله مسيء ظالم وكذلك كل كلب مباح إمساكه لانه محل متفنع به يباح اقتناؤه فحرم اتلافه كالشاة ولا نعلم في هذا خلافا ولا غرم على قاتله وبهذا قال الشافعي وقال مالك وعطاء عليه الغرم لما ذكرنا في تحريم اتلافه ، ولنا انه محل يحرم أخذ عوضه لحبته فلم يجب غرمه باتلافه كالخنزير ، وأما يحرم اتلافه لما فيه من الاضرار وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والاضرار

(فصل) فأما قتل ما لا يباح إمساكه فان الكلب الاسود البهم يباح قتله لانه شيطان ، قال عبد الله بن الصامت سألت ابا ذر فقلت ما بال الاسود من الاحمر من الابيض ؟ فقال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني فقال « الكلب الاسود شيطان » رواه مسلم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لولا ان الكلاب امة من الامم لامرت بقتلها فاقتلوا منها كل اسود بهم » ويباح قتل الكلب العقور لما روت عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلهن فاسق يقتلن في الحل والحرم : الغراب والحدأة والعقرب والفأرة والكلب العقور » متفق عليه ، ويقتل كل واحد من هذين وان كان معلما للخبرين وعلى قياس الكلب العقور كل ما آذى الناس وضرهم في انفسهم واموالهم يباح قتله لانه يؤذي بلا نفع اشبه الذئب ، وما لا مضرة فيه لا يباح قتله لما ذكرنا من الخبر ، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه امر بقتل الكلاب حتى ان المرأة تقدم من البادية بكلبها فتقتله ثم نهى عن قتلها وقال « عليكم بالاسود البهم ذي الطفتين فانه شيطان » رواه مسلم

(فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد او كلب ماشية او حرث لما روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « من اتخذ كلبا الا كلب صيد او ماشية او زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية فانه ينقص من أجره كل يوم قيراطان ، قال سالم وكان أبو هريرة يقول « أو كلب حرث » متفق عليه ، وان اقتناه لحفظ البيوت لم يجز للخبر ، ويحتمل الاباحة وهو قول أصحاب الشافعي لانه في معنى الثلاثة فيقاس عليها والاول أصح لان قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما يتناول الخبر تحريمه قال القاضي وليس هو في معناها فقد يحتال اللص لاخراج به شيء يطعمه إياه ثم يسرق المتاع ، وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه ولان اقتنائه في البيوت يؤذي المارة بخلاف الصحراء

(فصل) فاما تربية الجرو والصغير لأحد الامور الثلاثة فيجوز في أقوى الوجوه لانه تصده لذلك فيأخذ حكمه كما يجوز بيع العبد الصغير والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال لما له إلى الانتفاع ، ولانه لو لم يتخذ الصغير ما أمكن جعل الكلب للصيد إذ لا يصير معلما الا بالتعالم ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلين تعلمونهم مما علمكم الله) ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم (والوجه الثاني) لا يجوز لانه ليس من الثلاثة

لان ماله لم يدخل فيه فأشبهه الهاء الحادث عنده ، ولنا أنه عين مال أخذها المشتري لا تحصل بدون البيع فبردها بالفسخ كالعبد ، ولان العبد إذا كان ذاملا كانت قيمته أكثر فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك

(فصل) ومن اقتنى كلباً لصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه لأن ذلك لا يمكن التجزؤ منه ، وكذلك لو حصده صاحب الزرع زرعه أبيع له أمساك الكلب إلى أن يزرع زرعا آخر ، ولو هلك ما شئته فأراد شراء غيره فله أمساك كلبها لينتفع به في التي يشتريها فاما ان اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به احتمل الجواز لأن النبي ﷺ استثنى كلب الصيد مطلقا واحتمل المنع لأنه اقتناه لغير حاجة أشبهه غيره من الكلاب ، ومعنى كلب الصيد أي كلب يصيده وهكذا الاحتمالان فيمن اقتنى كلباً ليحفظ له حرثاً أو ماشية إن حصلت أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد وليس له في الحال حرث ولا ماشية يحتمل الجواز لقصد ذلك كما لو حصده الزرع وأراد أن يزرع غيره (فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ولا الميتة ولا الدم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول به وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر وعلى أن بيع الخنزير وشراءه حرام ، وذلك لما روى جابر قال سمعت رسول الله ﷺ وهو بمكة يقول « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه كالخسرات كلها وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد كالأسد والذئب ومالا يؤكل ولا يصاد به من الطير كالرخم والحدأة والغراب الأبقع وغراب البين ويبيضا فكل هذا لا يجوز بيعه لأنه لا نفع فيه فأخذ منه أكل مال بالباطل

(فصل) ولا يجوز بيع السرحين النجس ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير تكير فكان أجماعا . ولنا أنه يجمع على نجاسته فلم يحجز بيعه كالميتة وما ذكروه فليس بأجماع ، فإن الإجماع اتفاق أهل العلم ولم يوجد ، ولأنه رجع فنجس فلم يحجز بيعه كرجيع الآدمي

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ماله بملوك كالباحات قبل حيازتها وملوكها ولا نعلم في ذلك خلافاً فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة . رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكل ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره » رواه البخاري

﴿ مسألة ﴾ قال (وبيع الفهد والصقر المعلم جائز وكذلك بيع الهر وكل ما فيه المنفعة)

وجملة ذلك أن كل مملوك أبيع بالاتفاق به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع من الكلب وأم الولد والوقف وفي المدبر والمكاتب والزيت النجس اختلاف نذكره في موضعه إن شاء الله تعالى لأن الملك سبب لإطلاق التصرف والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها وأبيع لغيره بذل ماله فيها توصلاً إليها ودفعاً لحاجته بها كسائر ما أبيع بيعه وسواء في هذا ما كان طاهراً كالثياب والعقار وبهيمة الانعام والخيول والصيود ، أو مختلفاً في نجاسته كالبقول والثمار وسباع البهائم وجوارح الطير التي تصلح للصيد كالقهد والصقر والبازي والشاهين والمقاب والطير المقصود صوته كالهازار والبلبل والبيضا وأشباه ذلك فكله يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو بكر عبد العزيز وابن أبي موسى لا يجوز بيع الفهد والصقر ونحوها لأنها نجسة فلم يحجز بيعها كالكلب . ولنا أنه حيوان أبيع اقتناؤه وفيه نفع مباح من غير

رده حتى يدفع ما يزيل نقصه ، فإن تلف ماله فأراد رده فهو بمنزلة العيب الحادث هل ينم الرد ؟ على روايتين فإن قلنا بالرد فعليه قيمة ما تلف عنده . قال أحمد في رجل اشترى أمة معها قناع فاشترطه وظهر على

وعيد في حبسه فأبيع بيعه كالبغل وما ذكرناه يبطل بالبغل والحمار فإنه لا خلاف في إباحة بيعهما وحكمهما حكم سباع البهائم في الطهارة والتجاسة وإباحة الاقتناء والانتفاع ، وأما الكلب فإن الشرع توعده على اقتنائه وحرمة الا في حال الحاجة فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة بخلاف غيره ، ولأن الأصل الإباحة بدليل قول الله تعالى (وأحل الله البيع) ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع لمعان غير موجودة في هذا فبقي على أصل الإباحة ، وأما الهر فقال الحرقي يجوز بيعها ، وبه قال ابن عباس والحسن وابن سيرين والحكم وحامد والثوري ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي ، وعن أحمد أنه كره ثمنها ، وروي ذلك عن أبي هريرة وطاوس ومجاهد وجابر بن زيد واختاره أبو بكر لما روى مسلم عن جابر أنه سئل عن ثمن السنور فقال : زجر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن السنور . قال الترمذي هذا حديث حسن وفي إسناداه اضطراب . ولنا ما ذكرناه فيما يصاد به من السباع ويحمل الحديث على غير المملوك منها أو مالا نفه فيه منها بدليل ما ذكرناه ، ولأن البيع شرع طريقاً للتوصل إلى قضاء الحاجة واستيفاء المنفعة المباحة ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي أن يشرع ذلك فيه ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه مما يباح الانتفاع به فينبغي أن يجوز بيعه

(فصل) فإن كان الفهد والصقر ونحوهما مما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لم يجوز بيعه لعدم النفع به وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه لأن ما له إلى الانتفاع فأشبه الجحش الصغير

(فصل) فأما ما يصاد عليه كالبومة التي يحملها شابشا لتجتمع الطير اليها فيصيده الصياد فيحتمل جواز بيعها للنفع الحاصل منها ، ويحتمل المنع لأن ذلك مكروم لما فيه من تعذيب الحيوان وكذلك اللقلق ونحوه (فصل) فأما ما يبيض مالا يؤكل لحمه من الطير فإن كان مما لا تنفع فيه لم يجوز بيعه طاهراً كان أو نجساً ، وإن كان ينتفع به بأن يصير فرخاً وكان طاهراً جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه أضله ، وإن كان نجساً كبيض البازي والصقر ونحوه فحكمه حكم فرخه ، وقال القاضي لا يجوز بيعه لأنه نجس لا ينتفع به في الحال وهذا ملغي بفرخه وبالجحش الصغير

(فصل) قال أحمد أكره بيع الفهد قال ابن عقيل هذا محمول على بيعه للاطافة به واللعب فأما بيعه لمن ينتفع به كحفظ المتاع والدكان ونحوه فيجوز لأنه كالصقر والبازي وهذا مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقاً

(فصل) وفي بيع العلق التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف فتصن الدم والديدان التي تترك في الشخص فيصاها السمك وجهان (أصحابهما) جواز بيعها لحصول نفعها فهي كالسمك (وإثنائي) لا يجوز لأنها لا ينتفع بها إلا نادراً فأشبهت مالا تنفع فيه

(فصل) ويجوز بيع دود الفز وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه أن كان مع دود الفز قرز جاز بيعه وإلا فلا لأنه لا ينتفع به فهو كالخمرات وقيل لا يجوز بيع بزره ولنا أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لملك ما يخرج منه أشبه البهائم ولأن الدود وبزره طاهر

عيب وقد تلف القناع غرم قيمته محصته من الثمن

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان عليه ثياب فقال أحد : ما كان للجمال فهو للبائع ، وما كان للبئس

منتفع به فجاز بيعه كالثوب وقوله لا ينتفع بعينه يبطل بالبهايم التي لا يحصل منها نفع سوى التناج ويفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلاً، فإن نفع هذه كثير لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا إنما يحصل منها (فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعها منفردة لما ذكر في دود القز. ولنا أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس فجاز بيعه كقيمة الانعام واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها فقال القاضي لا يجوز لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها وهو مجهول، وقال أبو الخطاب يجوز بيعها في كواراتها ومنفردة عنها فإنه يمكن مشاهداتها في كواراتها إذا فتح رأسها ويعرف كثرته من قلته وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه كالصبرة وكما لو كان في وعاء فإن بعضه يكون على بعض فلا يشاهد إلا ظاهره والعسل يدخل في البيع تبعاً فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان فإن لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً بأقراصه ولم يعرف لم يحز بيعه لجهالته

(فصل) ذكر الحرقي أن الترياق لا يؤكل لأنه يقع فيه لحوم الحيات فعلي هذا لا يجوز بيعه لأن نفعه إنما يحصل بالاكل وهو محرم بخلاف من نفع مباح فلم يحز بيعه كالميتة، ولا يجوز التدوي به ولا بسم الاقاعي (١) فاما السم من الحشائش والنبات فإن كان لا ينتفع به أو كان يقتل قليلاً لم يحز بيعه لعدم نفعه وإن انتفع به وأمكن التدوي بيسيره كالسقمونيا جاز بيعه لأنه طاهر منتفع به أشبه بقية الماء كولات (فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ قولاً واحداً قاله ابن أبي موسى، وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال إن النبي ﷺ نهى عن ثمن السكب، وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخلب أو بعض جلود السباع التي لها أنياب فإن بيعها أسهل لأن النبي ﷺ إنما نهى عن أكل لحومها والصحيح عنه أنه لا يجوز وهذا ينبغي على الحكم بنجاسة جلود الميتة وأنها لا تطهر بالدباغ وقد ذكرنا ذلك في بابه

(فصل) فاما بيع لبن الأدميات فقال أحمد أكرهه. واختلف أصحابنا في جوازه فظاهر كلام الحرقي جوازه لقوله وكل ما فيه المنفعة وهذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي، وزهبي جماعة من أصحابنا إلى تحريم بيعه وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لأنه مائع خارج من آدمية فلم يحز بيعه كالعرق ولأنه من آدمي فأشبهه سائر أجزائه، والاول أصح لأنه لبن طاهر منتفع به فجاز بيعه كلبن الشاة، ولأنه يجوز أخذ العوض عنه في إجارة الظئر فأشبهه المنافع ويفارق العرق فإنه لا نفع فيه ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها وسائر أجزاء الأدمي يجوز بيعها فإنه يجوز بيع العبد والامة وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه (٢)

(فصل) واختلفت الرواية في بيع رباع مكة وإجارة دورها فروي أن ذلك غير جائز وهو قول أبي حنيفة ومالك والثوري وأبي عبيد وكرهه إسحاق لما روى عمر بن شبيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في مكة « لا تباع رباعها ولا تتركى بيوتها » رواه الأثرم بإسناده وعن مجاهد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مكة حرام يبيع رباعها حرام لإجارتها » وهذا نص رواه سعيد بن منصور

المقتاد فهو للمشتري

إذا كان على العبد أو الجارية حلي فهو بمنزلة ماله على ما ذكرنا. فاما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه

(١) أكل الحيات غير محرم إجماعاً بل أباحه مالك وغيره فثبت عند الأطباء من نفع الترياق أو غيره من الادوية التي يدخل فيها سمها فهو مباح على أن المحرم لذاته يباح للضرورة والمحرم لسبب الذريعة يباح للحاجة كما في أعلام الموقعين للمحقق ابن القيم

(٢) مفهومه أنه يجوز بيعه إذا انتفع به وهذا حاصل في عصرنا في الجلد تسليخ قطعة منه ويرقم بها البدن وفي غير ذلك

في سننه وروي أنها كانت تدعى السوائب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره مسدد في مسنده ولأنها فتحت عنوة ولم تقسم فكانت موقوفة فلم يجوز بيعها كسائر الأرض التي فتحها المسلمون عنوة ولم يقسموها والدليل على أنها فتحت عنوة قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «أن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين»، وأنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي وإنما احلت لي ساعة من نهار» متفق عليه ورويت أم هانيء قالت أجرت حموين لي فأراد علي أخي قتلها فأثبت رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إني أجرت حموين لي فزعم ابن أمي علي أنه قاتلها فقال النبي ﷺ «قد أجرنا من أجرت أو أماننا من أمنت يا أم هانيء» متفق عليه ولذلك أمر النبي ﷺ بقتل أربعة قتل منهم ابن خطل ومقيس بن صبابه وهذا يدل على أنها فتحت عنوة (والرواية الثانية) أنه يجوز بيع رباعها واجارة بيوتها، وروي ذلك عن طاووس وعمر بن دينار وهذا قول الشافعي وابن المنذر وهو أظهر في الحجة لأن النبي ﷺ لما قيل له أن ينزل غدا؟ قال «وهل ترك لنا عقيل من ربيع؟» متفق عليه يعني أن عقيل باع ربيع أبي طالب لأنه ورثه دون أخوته لكونه كان على دينه دونهما ولو كانت غير مملوكة لما أثر بيع عقيل شيئا ولأن أصحاب النبي ﷺ كانت لهم دور بمكة لأبي بكر والزبير وحكيم بن حزام وأبي سفيان وسائر أهل مكة فمنهم من باع ومنهم من ترك داره فهي في يد أعقابهم وقد باع حكيم بن حزام دار الندوة فقال ابن الزبير بعث مكرمة فريش فقال يا ابن أخي ذهبت المسكارم إلا التقوى أو كما قال واشترى معاوية دارين واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تصرف الملاك بالبيع وغيره ولم ينكره منكر فكان إجماعا، وقد قرره النبي ﷺ بنسبة دورهم إليهم فقال «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» ومن أغلق عليه بابه فهو آمن» وأقرهم في دورهم ورباعهم، ولم ينقل أحدا عن داره ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم وكذلك من بعده من الخلفاء حتى إن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع، ولأنها أرض حبة لم يرد عليها صدقة محرمة فجاز بيعها كسائر الأرض، وماروي من الأحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف، وأما كونها فتحت عنوة فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه إلا أن النبي ﷺ أقر أهلها فيها على أملاكهم ورباعهم فبدل ذلك على أنه تركها لهم كما ترك لهوازن نساءهم وأبناءهم وعلى القول الأول من كان ساكن دار أو منزل فهو أحق به بسكنه وبسكنه وليس له بيعه ولا أخذ أجرته، ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الاجرة فيه، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك كما فعل عمر رضي الله عنه وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرته فان سكن باجرة فامكنه أن لا يدفع إليهم الاجرة جاز له ذلك لأنهم لا يستحقونها، وقد روي أن سفيان سكن في بعض ربيع مكة وهرب ولم يعطهم أجره فأدركوه فأخذوها منه وذكر لا همد فعل سفيان فتبسم فظاهر هذا أنه أعجبه قال ابن عقيل والخلاف في غير مواضع المناسك أما بقاع المناسك كموضع السمي والرمي فحكمه حكم المساجد بغير خلاف

(فصل) ومن بنى بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة جاز بيعها كما يجوز بيع أبنية الوقوف وأنقاضها، وإن كانت من تراب الحرم وحجارتها أبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع ربيع مكة لأنها تابعة لمكة وهكذا تراب كل وقف وأنقاضه قال أحمد وأما البناء بمكة فإني أكرهه، قال إسحاق البناء

عند البائع فهو للمشتري، وإن كانت ثيابا يلبسها فوق ثيابه أو شيء يزينه به فهو للبائع إلا أن يشترطه

بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه لا يحل وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له ألا تبني لك بمنى بيتاً؟ فقال «منى مناخ لمن سبق»

(فصل) قال أحمد لا أعلم في بيع المصاحف رخصة ورخص في شرائها وقال الثراء أهون وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى وسعيد بن جبير واسحاق وقال ابن عمر وددت أن الأيدي تقطع في بيعها وقال أبو الخطاب يجوز بيع المصحف مع الكراهة وهل يكره شراؤه وابداله؟ على روايتين، ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي وأصحاب الرأي لأن البيع يقع على الخلد والورق وبيع ذلك مباح، ولنا قول الصحابة رضي الله عنهم ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم، ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى فتجب صيافته عن البيع والابتذال، وأما الثراء فهو أسهل لأنه استنقاذ للمصحف وبذلك لما فيه فجاز كما أجاز شراء ربيع مكة واستئجار دورها من لا يرى بيعها ولا أخذ أجرها وكذلك أرض السواد ونحوها وكذلك دفع الأجرة إلى الحجام لا يكره مع كراهة كسبه، وإن اشترى الكافر مصحفاً فالبيع باطل وبه قال الشافعي وأجاز أصحاب الرأي وقالوا يجبر على بيعه لأنه أهل للشراء والمصحف محل له ولنا أنه يمنع من استدامة الملك عليه فمنع من ابتدائه كسائر ما يحرم بيعه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه

(فصل) ولا يصح شراء الكافر مسلماً وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه والشافعي في أحد القولين، وقال أبو حنيفة يصح ويجبر على إزالة ملكه لأنه يملك المسلم بالارث ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده فصح شراؤه له كالمسلم، ولنا أنه يمنع استدامة ملكه عليه فمنع ابتداءه كالنكاح، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر فلم يصح كالنكاح، والملك بالارث والاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد مع منعه من ابتدائه فلا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت مادونه معاً نأخذ بقطع الاستدامة عليه بمنعه منها وإجباره على إزالتها

(فصل) ولو وكل كافر مسلماً في شراء مسلم لم يصح الثراء لأن الملك يقع للموكل ولأن الموكل ليس بأهل لثرائه فلم يصح أن يشتري له كما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر؟ وإن وكل المسلم كافراً يشتري له مسلماً فاشترأ ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم والملك يثبت للمسلم هنا فلم يتحقق المانع (والثاني) لا يصح لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه كالمحرم في شراء الصيد والكافر في نكاح المسلمة، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلاً لذمي في شراء خمر

(فصل) وإن اشترى الكافر مسلماً يفتق عليه بالقرابة كأبيه وأخيه صح الثراء وعق عليه في قول بعض أصحابنا وحكي فيه أبو الخطاب ورايتين (أحدهما) لا يصح وهو قول بعض الأصحاب لأنه شراء يملك به المسلم فلم يصح كالذي لا يعتق عليه ولأن ما منع من شرائه لم يبيح له شراؤه وإن زال ملكه عقيب الثراء كمشراء المحرم الصيد (والثانية) يصح شراؤه لأن المنع إنما ثبت لما فيه من اهانة المسلم بملك الكافر له والملك هنا يزول عقيب الثراء بالكلية ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الاهانة

المبتاع، وأما كان كذلك لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها حاجة العبد وإنما

بالمالك في لحظة يسيرة ويفارق من لا يتق عليه فان ملكه لا يزول إلا بازالته وكذلك شراء المحرم للصيد فانه لو ملكه ثبت ملكه عليه ولم يزل، ولو قال كافر اسلم اعتق عبدك عني وعلى من فعل صح لان اغتاقه ليس بتمليك وإنما هو ابطال للرق فيه وإنما حصل الملك فيه حكماً فجاز كما يملك بالارث حكماً ولان ما يحصل له بالحرية من النفع ينعمر فيه ما يحصل من الضرر بالمالك فيصير كالمعدوم وفيه وجه آخر أنه لا يصح بناء على شراء قريبه المسلم

(فصل) ولو أجز مسلم نفسه لذي عمل في ذمته صح لان غلياً رضي الله عنه أجز نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة وأتى بذلك النبي صلى الله عليه وسلم فأكله وفعل ذلك رجل من الانصار وأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره ولانه لا صغار عليه في ذلك وان استأجره في مدة كيوم أو شهر ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان فيه استيلاء عليه وصغاراً أشبه الشراء (والثاني) يصح وهو أولى لان ذلك عمل في مقابلة عوض أشبه العمل في ذمته ولا يشبه الملك لان الملك يقتضي سلطاناً واستدامة وتصرفاً بأنواع التصرفات في رقبته بخلاف الاجارة

(فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم وبه قال أبو حنيفة وقال : مالك لا يحرم التفريق إلا بين الام وولدها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وقال حديث حسن وقال « لا توله والدة عن ولدها » فخصها بذلك فدل على الاباحة فيما سواه وقال الشافعي يحرم بين الوالدين والمولودين وان سفلوا ولا يحرم بين من عداهم لان القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص ولا شهادة بعضهم لبعض فلم يمنع التفريق في البيع كإبني المم ولنا ما روى أحمد في المسند ثنا غندور ثنا سعيد بن أبي غروبة عن الحكم عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى عن علي رضي الله عنه قال : أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما ففرقت بينهما فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال « ادركما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعاً » وروي عن أبي موسى أن النبي قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها والاخ وأخيه » ولان بينها رحماً محرماً فلم يجوز التفريق بينهما كالوالد مع أمه ويفارق ابني المم فانه ليس بينهما رحم محرم

(فصل) فان فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل ، وبه قال الشافعي فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفة البيع صحيح لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الضرر اللاحق بالتفريق فلم يمنع صحة البيع كالبيع في وقت النداء . ولنا حديث علي وأن النبي ﷺ أمره بردها ولو لزم البيع لما أمكن ردها ، وروى أبو داود في سننه أن علياً فرق بين الام وولدها فنهاه النبي ﷺ فرد المبيع ، ولانه بيع محرم لمعنى فيه ففسد كبيع الحر ولا يصح ما قاله فان ضرر التفريق حاصل بالبيع فكان لمعنى فيه ، فأما تحديده بالسبع فان عموم اللفظ يمنع ذلك ولا يجوز تخصيصه بغير دليل ، وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جازاً ، وقال أبو الخطاب فيه روايتان (احدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثانية) يجوز وهي الصحيحة لما روي أن سلمة بن الأكوع أتى أبا بكر وامرأة وابنتها ففعله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبي ﷺ فوهبها له وأهدي إلى النبي ﷺ مارية وأختها سيرين فأعطى النبي ﷺ سيرين لحسان بن ثابت وترك مارية له ، ولانه

بعد البلوغ يصير مستقلاً بنفسه والمادة التفريق بين الاحرار فان المرأة تزوج ابنتها ويفرق بين الحرية وولدها إذا افترق الأبوان

(فصل) وإذا اشترى ممن في ماله حرام وحلال كالسلطان الظالم والمراي ، فان علم أن المبيع من حلال ما له فهو حلال وان علم أنه حرام فهو حرام ولا يقبل قول المشتري عليه في الحكم لان الظاهر أن ما في يد الانسان ملكه فان لم يعلم من أيهما هو كرهناه لاحتمال التحريم فيه ولم يبطل البيع لا يمكن الحلال قل الحرام أو كثر وهذا هو الشبهة وبقدر قلة الحرام وكثرته تكون كثرة الشبهة وقتلتها ، قال أحمد : لا يجزئني أن يأكل منه لما روى النعمان بن بشير أن النبي ﷺ قال «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبها لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعي حول الحمى يوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكل ملك حمى وحى الله بحارمه» متفق عليه وهذا لفظ رواية مسلم ، وفي لفظ رواية البخاري «فمن ترك ما اشتبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجتراً على ما يشك فيه من المأثم أوشك أن يواقع ما استبان» وروى الحسن ابن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «دع ما يريبك الى ما لا يريبك» وهذا مذهب الشافعي

(فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب ما أصله الحظر كالذبيحة في بلد فيها مجوس وعبدة أوثان يذبحون فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً لأن الاصل التحريم فلا يزول الا يقين أو ظاهر ، وكذلك ان كان فيها اختلاط من المسلمين والمجوس لم يحز شراؤها لذلك . والاصل فيه حديث عدي بن حاتم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا أرسات كلبك نخاطا كلبا لم يسم عليها فلا تأكل فانك لا تدري أيها قتله» متفق عليه ، فأما ان كان ذلك في بلد الاسلام فالظاهر لإباحتها لان المسلمين لا يقرون في بلدهم بيع ما لا يحل بيعه ظاهراً (والثاني) ما أصله الاباحة كالماء يجده متغيراً لا يعلم أن نجاسة تغير أم يغيرها فهو طاهر في الحكم لان الاصل الطهارة فلا نزول عنها الا يقين أو ظاهر ولم يوجد واحد منهما. والاصل في ذلك حديث عبد الله بن زيد قال: شكى الى النبي صلى الله عليه وسلم الرجل يخيل اليه في الصلاة أنه يجد الشيء قال «لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً» متفق عليه . (الثالث) ما لا يعرف له أصل كرجل في ماله حلال وحرام فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها على ما ذكرنا وعملاً بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه وجد تمر ساقطة فقال «لولا أنني أخشى أنها من الصدقة لأكلتها» وهو من باب الورع

(فصل) وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها ويشدد في ذلك ، ومن كان لا يقبلها سعيد بن المسيب والقاسم وبشر بن سعيد ومحمد بن واسع والثوري وابن المبارك وكان هذا منهم على سبيل الورع والتوقي لا على أنها حرام ، فان أحمد قال : جوائز السلطان احب الي من الصدقة وقال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدراهم نصب فكيف أقول انها سحت ، ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم من الصحابة مثل الحسن والحسين وعبد الله ابن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ومكحول والزهري والشافعي واحتج بعضهم بأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ومات ودرعه مرهونة عنده واجاب به ودياد طاه وأكل من طعامه

في الدار والدابة التي يزكبه عليها . وقال ابن عمر من باع وليدة زينها بثياب فللذي اشراها ما عليها

وقد أخبر الله تعالى أنهم أكلون سمحت ، وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا بأس بجوائز السلطان فان ما يعطيكم من الحلال أكثر مما يعطيكم من الحرام وقال لا تسأل السلطان شيئاً وإن أعطى فخذ ، فان ما في بيت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام

قال أحمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرام يتصدق بالثلاثة ، وإن كان معه مائت درهم فيها عشرة حرام يتصدق بالعشرة لأن هذا كثير وذاك قليل فقل له قال سفيان : ما كان دون العشرة يتصدق به ، وما كان أكثر يخرج قال نعم لا يحجف به ، قال القاضي وليس هذا على سبيل التحديد وإنما هو على طريق الاختيار لانه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرام وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل فإنه يسهل اخراج الكل ، والموجب في الموضعين اخراج قدر الحرام والباقي مباح له وهذا لان تحريمه لم يكن لتحريم عينه وإنما حرم لتعلق حق غيره به ، فاذا أخرج عوضه زال التحريم عنه كما لو كان صاحبه حاضراً فرضي بعوضه وسواء كان قليلاً أو كثيراً ، والورع اخراج ما يتقن به اخراج عين الحرام ولا يحصل ذلك الا باخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لاجل المشقة فيه واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس فمنهم من لا يكون له الا الدرهم اليسيرة فيشق اخراجها لحاجتها اليها ومنهم من يكون له مال كثير فيستغني عنها فيسهل اخراجها

(فصل) قد ذكرنا ان الظاهر من المذهب لا يجوز بيع كل ماء عد كميائه العيون ونفع البئر في أما كنهه قبل احرازه في انائه ولا الكلأ في مواضعه قبل حيازته فعلى هذا متى باع الارض وفيها كلأ أو ماء فلا حق للبائع فيه وقد ذكرنا رواية أخرى أن ذلك مملوك وأنه يجوز بيعه فعلى هذه الرواية إن باع الارض فذكر الماء والكلأ في البيع دخل فيه وإن لم يذكره كان الماء الموجود والكلأ للبائع لانه بمنزلة الزرع في الارض والماء أصل بنفسه فهو كالطعام في الدار فما يتجدد بعد البيع فهو للشترى وعلى هذه الرواية اذا باع من هذا الماء أصحاً معلومة جاز لانه كاصبرة ، وإن باع كل ماء البئر لم يجوز لانه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري أصحاً لم يجوز لان ذلك الماء يذهب ويأتي غيره

(فصل) وعلى كلتا الروايتين متى كان الماء التابع في ملكه أو الكلأ أو المعادن وفق كفايته لشربه وشرب ماشيته لم يجب عليه بذله نص عليه لانه في ملكه ، فاذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به كالطعام ، وأما تواعد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء ولا فضل في هذا ولا ان عليه في بذله ضرراً ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه وإن كان فيه فضل عن شربه وشرب ماشيته وزرعه واحتاجت اليه ماشية غيره لزمه بذله بغير عوض ولكل واحد أن يتقدم إلى الماء ويشرب ويشقي ماشيته وليس لصاحبه المنع من ذلك لما روى إياس بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «من منع فضل الماء لبيع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمة»

وفي صحيح مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاقاً فاحتبأ ونهى أن يتم الماء مخافة أن يرعى الكلأ ، يعني اذا كان في مكان كلأ وأيسر يمكنه الإقامة لرعيه الا بالسقي من هذا الماء فيمنعهم السقي ليتوفر الكلأ عليه ، وروى أبو عبيدة باسناده عن عمر أنه قال ابن السبيل أحق بالماء من الباني عليه ، وعن أبي هريرة قال : ابن السبيل أولى شارب ، وعن بهيسة قالت : قال

إلا أن يشترطه الذي بابه ، وبه قال الحسن والشافعي ، ولنا الخبر المذكور ولان اشباب لم يتناولوا لفظ

أبي يارَسُولَ اللَّهِ مَا لَيْسَ بِهِ الَّذِي لَا يَحِلُّ مِنْهُ ؟ قَالَ « الْمَاءُ » قَالَ يَارَسُولَ اللَّهِ مَا لَيْسَ بِهِ الَّذِي لَا يَحِلُّ مِنْهُ ؟ قَالَ « الْمَالِحُ » وَلَيْسَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْبُتْرُ مِنَ الْجَبَلِ وَالْدُّلُو وَالْبُكَرَةُ لَا يَحِلُّ مِنْهَا وَلَا يَسْتَحْلَفُ غَيْرُهُ بِخِلَافِ الْمَاءِ وَهَذَا كَأَنَّهُ هُوَ الظَّاهِرُ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ وَلَا فَرْقَ فِيهِمَا ذَكَرْنَا بَيْنَ الْبَنِيَانِ وَالصَّحَارِيِّ ، وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ : أَمَّا هَذَا فِي الصَّحَارِيِّ وَالْبَرِيَّةِ دُونَ الْبَنِيَانِ ، بَعْنِي أَنَّ الْبَنِيَانِ إِذَا كَانَ فِيهِ الْمَاءُ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ الدُّخُولُ إِلَيْهِ إِلَّا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ

(فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزوع غيره فيه روايتان (أحدهما) لا يلزمه وهو مذهب الشافعي لان الزرع لاحرمه له في نفسه ، ولهذا لا يجب على صاحبه سقيه بخلاف الماشية (والثانية) يلزمه بذله لذلك لما روي عن عبد الله بن عمر بن أن قِيمَ أَرْضُهُ بِالْوَهْطِ كَتَبَ إِلَيْهِ بِخَبْرِهِ أَنَّهُ قَدْ سَقَى أَرْضَهُ وَفَضَلَ لَهُ مِنَ الْمَاءِ فَضْلَ يَطْلُبُ ثَلَاثِينَ أَلْفًا فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ وَأَقَمَ قَلْدُكُ ثُمَّ اسْقِ الْآدَى قَالَ دَنَى فَنِي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ ، قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْقَدِيدُ يَوْمَ الثَّرْبِ وَفِي الْمَسْنَدِ ثَنَا حَسَنٌ قَالَ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ سَلَمَةَ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبْنَعَ فَضْلُ الْمَاءِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَقَالَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَفِي لَفْظِهِ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ ، وَلَنْ فِي مَنْعِهِ فَضْلُ الْمَاءِ أَهْلًا كَمَا يَحْرُمُ مَنْعُهُ كَلَامِشِيَّةً ، وَقَوْلُهُمْ لِاحْرَمَهُ لَهُ قُلْنَا فَلَصَاحِبُهُ حَرَمَهُ فَلَا يَحْجُوزُ التَّسَبُّبُ إِلَى أَهْلِكَ مَالَهُ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْنَعَ نَفِي الْحَرَمَةِ عَنْهُ فَإِنْ أَضَاعَ الْمَالُ مِنْهُي عَنْهَا وَاتَّلاَفَهُ مُحْرَمٌ وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى حَرَمَتِهِ

(فصل) وإذا اشترى عبداً بمائة فقضاها عنه غيره صح سواء قضاء بأمره أو غير أمره فإن بان العبد مستحقاً لزم رد المائة إلى دافعها لانا تيناً أنه قبض غير مستحق فكان المائة لم تخرج من يد دافعها وإن بان العبد مبيعاً فردده بالعب أو بأقاله أو أصدق امرأة إنسان شيئاً فطلقها الزوج قبل دخوله بها أو ارتدت فهل يلزم رد المائة إلى دافعها أو على المشتري والزوج ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) على الدافع لان القبض حصل منه فالرد عليه كائني قبها (والثاني) على الزوج والمشتري لان قضاءه بمنزلة الهبة لهما بدليل رواية ذمتهما منه والهبة المقبوضة لا يحجز الرجوع فيها ، وإن كان الدفع باذن المشتري والزوج احتمل أن يكون الحكم فيه كما لو قضاء بشير إذ أنه إذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه واحتمل أن يكون رده على الزوج والمشتري إذا كان عقدهما صحيحاً بكل حال لان اذنهما في تسليمه إلى من له الدين عليهما إذا اتصل به القبض جرى مجرى قبوله وقبضه بخلاف ما إذا لم يأذن ، وإن أذنا في دفع ذلك عنها قرضاً فإن الرد يكون عليهما والمقرض يرجع عليهما بموضه

(فصل) إذا قال العبد لرجل ابتعني من سيدي ففعل فإن العبد معتقاً فالضمان على السيد نه عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة إن كان السيد حاضراً حين غره العبد وإن كان غائباً فالضمان على العبد لان الضرر منه . ولنا أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق وضمن العهدة فكان الضمان عليه كما لو كان حاضراً وإن بان العبد مقصوباً أو به عيب فردده فالضمان على السيد لما ذكرنا

(فصل) وإن اشترى اثنان عبداً فغاب أحدهما وجاء الآخر يطالب نصيبه منه فله ذلك وقال أبو حنيفة ليس له ذلك لانه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب وليس له تسليمه بغير إذنه .

البيع ولا جرت العادة بيعها معه أشبه سائر مال البائع ولانه زينة للمبيع أشبه ما لو زين الدار بسط

ولنا أنه طلب حصته فكان له ذلك كما لو أوجب لكل واحد منها منفرداً وما ذكره يطال بهذه الصورة وإن قال الحاضر أنا أدفع جميع الثمن ويدفع إلى جميع العبد لم يكن له ذلك، وقال أبو حنيفة له ذلك ولنا أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ولا للبائع في دفعة إليه فلم يكن لهما ذلك كما لو كانا حاضرين فإن سلم إليه فتلّف العبد فللغائب تضمين أيها شاء لأن الدافع فرط بدفع ماله بغير إذنه والشريك قبض مال غيره بغير إذنه فإنه ضمن الشريك لم يرجع على أحد لأن التلّف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الدافع رجوع على الغائب لذلك، ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه أنه لا يجوز التسليم إليه لما ذكرناه هنا

(فصل) وبسحب الأَشهاد في البيع لقول الله تعالى (وأشهدوا إذا تباعتم) وأقل أحول الأمر الاستحباب ولأنه أظلم لأزاع وأبعد من التجاحد فكان أولى، ويختص ذلك بماله خطر فاما الأشياء القليلة الخطر كحوائج البقال والقطار وشبهها فلا يستحب ذلك فيها لأن المفقود فيها تكثر فيشقى الأَشهاد عليها وتقبح إقامة البينة عليها والترافع إلى الحاكم من أجلها بخلاف الكثير وليس الأَشهاد بواجب في واحد منهما ولا شرطاً له روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق وإبي أيوب، وقالت طائفة ذلك فرض لا يجوز تركه. روي ذلك عن ابن عباس ومن رأى الأَشهاد على البيع عطاء وجابر بن زيد والتخمي لظاهر الأمر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الأَشهاد عليه كالنكاح

ولنا قول الله تعالى (فإن أمن بعضهم بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته) قال أبو سعيد صار الأمر إلى الأمانة (١) وتلا هذه الآية ولأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه واشترى من رجل سراويل ومن أعرابي فرساً فجحدته الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ولم ينقل أنه شهد في شيء من ذلك، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق فلم يأمرهم بالأشهاد ولا نقل عنهم فعله ولم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ولو كانوا يشهدون في كل بيعاتهم لما أخل بقله، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجعدان يشتري له أضيحة ولم يأمره بالأشهاد وأخبره عروة أنه اشترى شاتين فباع إحداها ولم ينكر عليه ترك الأَشهاد، ولأن المبايعه تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها فلو وجب الأَشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المخطوط عنا بقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم كما أمر بالرهن والسكاتب وليس ذلك بواجب وهذا ظاهر (فصل) ويكره البيع والشراء في المسجد، وبه قال إسحاق لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا لا أربح الله تجارتك وإذ رأيتم من ينشذ ضالة في المسجد فقولوا لا ردها الله عليك» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب، ولأن المساجد لم تكن لهذا ورأى عمران القصير رجلاً يبيع في المسجد فقال هذه سوق الآخرة فإن أردت التجارة فأخرج إلى سوق الدنيا فإن باع فالبيع صحيح لأن البيع تم بركانه وشروطه ولم يثبت وجود مفسد له وكراهة ذلك لا توجب الفساد كالغش في البيع والتدليس والتصرية وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم قولوا «لا أربح الله تجارتك» من غير أخبار بفساد البيع دليل على صحته والله أعلم.

(١) الآية لاحجة فيها على ما أراد

باب السلم

وهو أن يسلم عوضاً حاضراً في عوض موصوف في الذمة إلى أجل، ويسمى سلفاً وسلفاً يقال أسلم وأسلم وسلف وهو نوع من البيع يتعقد بما يتعقد به البيع وبلفظ السلم والسلف يعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في البيع، وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وروى سعيد بإسناده عن ابن عباس أنه قال أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية ولأن هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه، وروى البخاري عن محمد بن أبي المجالد قال أرسلني أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبيزى وعبد الله بن أبي أوفى فساءلتهما عن السلف فقالا كنا نصيب المغنم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فندسلفهم في الحنطة والشعير والزبيب، فقلت أكان لهم زرع أم لم يكن لهم زرع؟ قال ما كنا نسألهم عن ذلك، وأما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ولأن المثلن في البيع أحد عوضي العقد فجاز أن يثبت في الذمة كالمثلن ولأن الناس حاجة إليه لأن أرباب الزروع والثمار والتجار يحتاجون إلى الثقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم الثقة فجوز لهم السلم ليرتفعوا ويرتفع المسلم بالاسترخاس

(باب السلم)

وهو أن يسلم عيناً حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل ويسمى سلفاً وسلفاً يقال: أسلم وأسلم وهو نوع من البيع ويتعقد بلفظ السلم والسلف لأنهما حقيقة فيه، ويشترط له ما يشترط للبيع إلا أنه يجوز في المعدوم، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية، رواه سعيد وابن اللفظ يشمله بعمومه، وأما السنة فروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه، وأما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز (فصل) ولا يصح إلا بشروط سبعة (أحدها) أن يكون مما يمكن ضبط صفاته التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً كالكيل من الحبوب وغيرها والموزون كالقطن والابرسم والكتان والقنت والصوف والشعر والكاغد والحديد والصفير والتحاس والطيب والأدهان والحلول وكل مكيل أو موزون وكذلك المزروع كالتياب، وقد جاء الحديث في الثمار، وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز.

(مسئلة) (فاما المعدود المختلف كالحيوان والفواكه والبقول والجلود والرهوس ونحوها ففيه روايتان)

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله (وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز)

وجملة ذلك أن السلم لا يصح الا بشروط ستة

(أحدها) أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً فيصح في الحبوب والثمار والدقيق والنياب والابريسم القطن والكتان والصوف والشعر والكاغد والحديد والرصاص والصفير والنحاس والادوية والطيب والحلول والادهان والشحوم والالبان والزئبق والشب والكبريت والكحل وكل مكمل أو موزون أو مزروع ، وقد جاء الحديث في الثمار وحديث ابن أبي أوفى في الحنطة والشعير والزيب والزيث ، وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز قاله ابن المنذر وأجمعوا على جواز السلم في النياب ، ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة كالجوهر من اللؤلؤ والياقوت والفيروزج والزبرجد والعقيق والبلور لان أمانهما يختلف اختلافاً متبايناً بالصفير والكبرو عس التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببيض العصفور ونحوه لان ذلك يختلف ولا بشيء معين لان ذلك يتلف ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ، وحكي عن مالك صحة السلم فيها اذا اشترط منها شيئاً معلوماً وان كان وزناً فيوزن معروف ، والذي قلناه أولى لما ذكرنا ولا يصح فيما يجمع اخلاطاً مقصودة غير متميزة كالغالية والتد والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان لان الولد مجهول غير متحقق ، ولا في الاواني المختلفة الالوان والاساط لان الصفة لا تأتي عليه وفيه وجه آخر أنه يصح السلم فيه اذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أعلاه وأسفله لان التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتملة على الخشب والقرن والعصب والتوز اذا لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتميز ما فيه منها وقيل يجوز السلم فيها ، والاولى ما ذكرنا ، قال القاضي والذي يجمع اخلاطاً على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من قطن وكتان أو قطن وإبريسم فيصح السلم فيها لان ضبطها يمكن (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس بمقصود في نفسه كالا نقحة في الحين والملح في العجين والحبز والماء في خل التمر والزيب فيصح السلم فيه لانه يسير لمصلحته (الثالث) اخلاط مقصودة غير متميزة كالغالية والتد والمعاجين فلا يصح السلم فيها لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ما خلطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه .

اختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي أنه لا يصح السلم فيه وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي . قال عمر : إن من الربا أبو ابان لا تخفى وإن منها السلم في البسر ، ولان الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن مثل أزج الحاجبين أو كحل العينين أو قني الاق أهدب الاشفار إلى الشفة تعذر تسليمه لتدرة وجوده على تلك الصفة وان لم يذكرها اختلف بها الثمن ظاهراً والمشهور في المذهب صحة السلم فيه نص عليه أحمد في رواية الاثرم ، قال ابن المنذر ومن روي عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور ، ولان أبا رافع قال : استسلف النبي صلى الله

(فصل) ويصح السلم في الحبز والبأ وما أمكن ضبطه مما مسته النار، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لأن النار تختلف ويختلف عملها ويختلف الثمن بذلك، ولنا قوله عليه السلام «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم» فظاهر هذا إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة يمكن ضبطه بالشفافة والرطوبة فصح السلم فيه كالخجف بالشمس فاما اللحم المطبوخ والشواء فقال القاضي لا يصح السلم فيه، وهو مذهب الشافعي لأن ذلك يتفاوت كثير أو عادات الناس فيه مختلفة فلم يمكن ضبطه. وقال بعض أصحابنا يصح السلم فيه لما ذكرنا في الحبز والبأ.

(فصل) ويصح السلم في النشاب والتبل، وقال القاضي لا يصح السلم فيها وهو مذهب الشافعي لأنه يجمع اخلاطاً من خشب وعقب وریش ونصل تجرى مجرى اخلاط الصيدلة ولأن فيه ريشاً نجساً لأن ريشه من جوارح الطير، ولنا أنه لما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالخشب وانصب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والاحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الریش طاهراً وإن كان نجساً نكن يصح بيعه فلم يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان فروي لا يصح السلم فيه، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجاني ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال إن من الربا أبوا لا تخفى وإن منها السلم في السن ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً فلا يمكن ضبطه، وإن استقصى صفاته التي يختلف بها الثمن - مثل أزج الحاجبين أو كحل العينين أو أفنى الألف أو أشم القرنين أو أهدب الأشعار أو ألمى الشفة بديع الصفة تميزت عليه لندرة وجوده على تلك الصفة، وظاهر المذهب صحة السلم فيه نص عليه في رواية الأثرم. قال ابن المنذر وعمر بن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم في الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور وحكام الجوزجاني

عليه وسلم من رجل بكراً، ورواه مسلم، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أتباع البعير بالبعيرين وبالأبيرة إلى مجيء الصدقة، رواه أبو داود ولأنه ثبت في الذمة صداقة فثبت في السلم كالثياب. فاما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ثم هو يحول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان، قال الشعبي إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم رواه سعيد، وقد روي عن علي أنه باع جملته يدعى تصغيراً بعشرين بغيراً إلى أجل، ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا.

(فصل) واختلفت الرواية في السلم في الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزرع فنقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد أنه قال: لا أرى السلم إلا يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه بمقدار معلوم لا يختلف كالزروع فاما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه، وحكى ابن المنذر عنه وعن إسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسمر والبطيخ والقناء والخيار لأنه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سمينا وكالقول لأنه يختلف ولا يمكن

عن عطاء والحكم لان أبا رافع قال استسلف النبي ﷺ من رجل بكراً رواه مسلم وروى عبدالله ابن عمرو بن العاص قال أمرني رسول الله ﷺ أن ابتاع البعير بالبعيرين وبالبصرة الى مجيء الصدقة ، وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الربا ولانه ثبت في الذمة صداقا فثبت في السلم كالتبائ فاما حديث عمر فلم يذكره اصحاب الاختلاف ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بني فلان قال الشعبي انما كره ابن مسعود السلف في الحيوان لأنهم اشتروا نتاج فحل معلوم رواه سعيد وقد روي عن علي أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بشترين بغيراً الى أجل ولو ثبت قول عمر في تحريم السلم في الحيوان فقد عارضة قول من ميمنا من وافقتا

(فصل) واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يزوع فنقل اسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه قال : لا أرى السلم إلا فبا يكال أو يوزن أو يوقف عليه قال أبو الخطاب معناه يوقف عليه محد معلوم لا يختلف كالزروع فاما الرمان والبيض فلا أرى السلم فيه ، وحكى ابن المنذر عنه وعن اسحاق أنه لا خير في السلم في الرمان والسفرجل والبطيخ والقتاه والحيار لانه لا يكال ولا يوزن ومنه الصغير والكبير ، فعلى هذه الرواية لا يصح السلم في كل معدود مختلف كالذي سميناه وكالبقول لانه يختلف ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والسفرجل والرمان والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك مما يتقارب وينضبض بالصغر والكبر وما لا يتقارب ينضبض بالوزن كالبقول ونحوها فصح السلم فيه كالزروع وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له في ذلك قولان .

(فصل) فاما السلم في الرؤوس والاطراف فيخرج في صحة السلم فيها الخلاف الذي ذكرناه ، وللشافعي فيها قولان أيضاً كالروايتين (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والآخر) لا يجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم ، فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لانه يتأثر ويختلف وعلى قول غير القاضي من أصحابنا حكم

تقديره بالحزم لان الحزم يمكن في الصغير والكبير فلم يصح السلم فيه كالجواهر ، ونقل اسماعيل بن سعيد وابن منصور جواز السلم في الفواكه والموز والخضراوات ونحوها لان كثيراً من ذلك يتقارب وينضبض بالكبر والصغر وما لا يتقارب ينضبض بالوزن كالبقول ونحوها فصح السلم فيه كالزروع ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي والاوزاعي ، وحكى ابن المنذر عن الشافعي المنع من السلم في البيض والجوز ولعل هذا قول آخر فيكون له قولان :

(فصل) وفي السلم في الرؤوس من الخلاف ما ذكرناه وكذلك الاطراف وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز وهو قول مالك والاوزاعي وأبي ثور لانه لم فيه عظم يجوز شراؤه فجاز السلم فيه كبقية اللحم (والآخر) لا يجوز وهو قول أبي حنيفة لان أكثره العظام والمشافر واللحم فيه قليل وليس بموزون بخلاف اللحم فان كان مطبوخاً أو مشويا فقال الشافعي لا يصح السلم فيه وهو قياس قول القاضي لا يتأثر ويختلف وعلى قول أصحابنا غير القاضي حكم ما سته النار حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي

ما مسته اثار من ذلك حكم غيره وبه قال مالك والاوزاعي وأبو ثور ، والمقد يقتضيه سليماً من التآثر والعادة في طبخه تفاوت فأشبهه غيره

(فصل) وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرؤوس والاطراف ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيها لأنها تختلف فالورك نخين قوي والصدر نخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه

ولنا ان التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف واللحم والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الحدين والاذنين والعينين ويختلف ذلك ولم يمنع صحة السلم فيه كذا هنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه يختلف . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » وظاهره إباحة السلم في كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

وأبي ثور والمقد يقتضيه سليماً من التآثر والعادة في طبخه تتقارب فأشبهه غيره وفي الجلود من الخلاف ما في الرؤوس والاطراف وقال الشافعي لا يصح السلم فيها لأنه يختلف فالورك نخين قوي والصدر نخين رخو والبطن رقيق ضعيف والظهر أقوى فيحتاج الى وصف كل موضع منه ولا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ، ولنا أن التفاوت في ذلك معلوم فلم يمنع صحة السلم فيه كالحيوان فإنه يشتمل على الرأس والجلد والاطراف والشحم وما في البطن وكذلك الرأس يشتمل على لحم الحدين والاذنين والعينين ويختلف ولم يمنع صحة السلم فيه كذلك هنا

(فصل) ويصح السلم في اللحم وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز لأنه يختلف ، ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » ظاهره إباحة السلم في كل موزون ولانا قد بينا جواز السلم في الحيوان فاللحم أولى

(مسئلة) (وفي الاواني المختلفة الرؤوس والادسام كالعظام والأساطال الضيقة الرؤوس وما يجمع أخطاها مميزة كالتياب المنسوجة من نوعين وجهان)

لا يصح السلم في الاواني المختلفة الرؤوس والادسام لأن العفة لا تأتي عايرها وفيه وجه آخر أنه يصح إذا ضبط بارتفاع حائطه ودور أسفله وأعلاه لأن التفاوت في ذلك يسير . فأما التياب المنسوجة من نوعين كالقطن والسكتان والابرسم فالصحيح جواز السلم فيها لان ضبطها يمكن وفيه وجه آخر أنه لا يجوز كالمعاجين .

(فصل) ويصح السلم في اللبأ والحبز وما أمكن ضبطه مما مسته النار ، وقال الشافعي لا يصح السلم في كل معمول بالنار لان النار تختلف ويختلف الثمن ويختلف عملها ، ولنا أنه موزون فجاز السلم به كسائر الموزونات ولعموم الحديث ولان عمل النار فيه معلوم بالعادة يمكن ضبطه بالانشافة والرطوبة فأشبهه الخنف بالشمس ، فأما اللحم المطبوخ والمشوي فقال القاضي لا يصح السلم فيه وهو مذهب الشافعي لانه يتفاوت كثيراً وعادة الناس فيه مختلفة فلا يمكن ضبطه وقال بعض أصحابنا : يصح السلم فيه لما ذكرنا في الحبز واللبأ .

(الشرط الثاني) أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهراً فإن المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من كونه معلوماً بالوصف كالثمن ولأن العلم شرط في البيع ، وطريقه إما الرؤية وإما الوصف ، والرؤية شائعة هنا فيتعين الوصف ، والأوصاف على ضربين متفق على اشتراطها ويختلف فيها فالتفق عليها ثلاثة أوصاف الجنس والنوع والجودة والرداء فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً في اشتراطها وبه يقول أبو حنيفة ومالك والشافعي

(الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه عما عدا هذه الثلاثة الأوصاف وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه ونذكرها عند ذكره وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات ، ولنا أنه يبقى من الأوصاف من اللون والبلد ونحوها ما يختلف الثمن والفرض لأجله فوجب ذكره كالنوع

ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه إذ يبعد وجود المسلم فيه عند الحل بتلك الصفات كلها فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي تختلف

(فصل) ويصح السلم في الشباب والنبل وقال القاضي: لا يصح السلم فيها وهو مذهب الشافعي لأنه يجمع أخلاطاً من خشب وعقب وریش ونصل نجري مجرى أخلاط الصيادلة ولأن فيه ريشاً نجساً لأنه من جوارح الطير . ولنا أنه مما يصح بيعه ويمكن ضبطه بالصفات التي لا يتفاوت الثمن معها غالباً فصح السلم فيه كالقصب والخشب وما فيه من غيره متميز يمكن ضبطه والإحاطة به ولا يتفاوت كثيراً فلا يمنع كالثياب المنسوجة من جنسين وقد يكون الريش طاهراً وإن كان نجساً لكن يصح بيعه فلا يمنع السلم فيه كنجاسة البغل والحمار .

(مسئلة) (ولا يصح فيها لا يضبط كالجواهر كلها والحوامل من الحيوان والمفشوش من الأثمان وغيرها وما يجمع أخلاطاً غير مميزة كالفالية والتد والمعاجين ويصح فيها بترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالخين والمعاجين وخل التمر والسكنجيين ونحوه)

لا يصح السلم فيها لا يضبط بالصفة كالجواهر من الأولو والياقوت والزبرجد والفيروزج والبلور لأن أثمانها تختلف اختلافاً متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها وصفائها ولا يمكن تقديرها بشيء معين لأن ذلك يثقل وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن مالك صحة السلم فيها إذا اشترط منها شيئاً معلوماً إن كان وزناً فبوزن معروف والصحيح الأول لما ذكرناه ، ولا يصح في الحوامل من الحيوان لأن الصفة لا تأتي عليها ، ولأن الولد مجهول غير متحقق ، وفيه وجه آخر أنه يصح لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل صحة بيع الحامل وإن اشترط الحمل ولا نقول بأن الجهل بالحمل مبطل للبيع لكن إن لم تكن حاملاً فله الرد ، وإذا صح البيع صح السلم لأنه يبيع ، ولا يصح في المفشوش من الأثمان لأنه مجهول لا يضبط بالصفة ولا فيما يجمع أخلاطاً غير مميزة كالفالية والتد والمعاجين التي يتداوى بها للجهل بها. والذي يجمع أخلاطاً على أربعة أضرب (أحدها) مختلط مقصود متميز كالثياب المنسوجة من نوعين والصحيح جواز السلم فيها (الثاني) ما خلطه لمصلحته وليس مقصود في نفسه كالانفحة في الخين والملح في المعجين والخبز والماء في خل التمر والحل في السكنجيين صح السلم فيه لأنه يسير لمصلحته (الثالث) أخلاط مقصودة غير متميزة كالفالية والتد والمعاجين

الثن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يندر وجود المسلم فيه بتلك الاوصاف بطل المسلم لان من شرط السلم ان يكون المسلم فيه عام الوجود عند المحل واستقصاء الصفات يمنع منه ولو شرط الوجود لم يصح أيضاً لانه لا يقدر على الوجود، وان قدر عليه كان نادراً وان شرط الوجود الاحتمال ان لا يصح لذلك واحتمل أن يصح لانه لا يقدر على تسليم ما هو خير منه فانه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً عما شرطه فلا يجوز إذا عن تسليم ما يجب قبوله بخلاف التي قبلها ، ولو أسلم في جارية وابنتها لم يصح لانه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ويتمذر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها وكذلك ان أسلم في جارية أو اختها أو عمها أو خالتها أو ابنة عمها لما ذكرنا ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقه أحضرها لم يجوز لجواز أن تلك الخرقه وهذا غرر ولا حاجة منه فنع الصحة كما لو شرط ميكالاً بينه أو صنجة بينهما

(فصل) والجنس والجودة أو ما يقوم مقامها شرطان في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذكرهما

فلا يصح السلم فيه لان الصفة لا تأتي عليها (الرابع) ما خاطه غير مقصود ولا مصلحة فيه كاللبن المشوب بالماء فلا يصح السلم فيه لان غشه يمنع العلم بقدر المقصود منه فيكون مجهولاً ، ولا يصح السلم في القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والتوز إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك ويميز ما فيه منها ، وقيل يجوز السلم فيها كالثياب المنسوجة من نوعين وكالمنشأب المشتمل على الخشب والعقب والريش والنصول والاولى ما ذكرنا .

(فصل) الثاني أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً فيذكر جنسه ونوعه وقدره وبلده وحداته وقدمه وجودته ورداءته وما لا يختلف به الثمن لا يحتاج إلى ذكره أما اشترط ذلك لان المسلم فيه عوض في الذمة فلا بد من العلم به كالثمن ، ولان العلم شرط في البيع وطريقه الرؤية أو الوصف والرؤية ممتدرة ههنا فتعين الوصف والافصاف على ضربين متفق على اشتراطها ويختلف فيها ، فالتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس والنوع والجودة والرداءة فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه وكذلك معرفته وسنذكرها وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم عن غيرهم فيه خلافاً (الضرب الثاني) ما يختلف الثمن باختلافه غير هذه الاوصاف فينبغي ان يكون ذكرها شرطاً قياساً على المتفق عليها ونذكرها عند ذكره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكفي ذكر الاوصاف الاول لانها تشتمل على ما وراءها من الصفات . ولنا أنه يبقى من الصفات من اللون والبلد ونحوها ما يختلف الثمن والعوض لأجله فوجب ذكره كالتنوع ، ولا يجب استقصاء كل الصفات لانه يتمذر وقد ينتهي الحال فيها الى أمر يتمذر تسليم المسلم فيه فيجب الاكتفاء بالافصاف الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، ولو استقصى الصفات حتى انتهى الى حال يتمذر وجود المسلم فيه بتلك الصفات بطل لان من شروط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله واستقصاء الصفات يمنع منه

(فصل) ولو أسلم في جارية وابنتها أو أختها أو عمها أو بنت عمها لم يصح لانه لا بد ان يضبط كل واحدة منهما بصفات ويتمذر وجود تلك الصفات في جارية وبنتها ، ولو أسلم في ثوب على صفة خرقه معيبة لم يجوز لانها قد تهلك وهذا غرر فهو كما لو شرط ميكالاً بينه غير معلوم

(فصل) والجنس والجودة والقدر شرط في كل مسلم فيه فلا حاجة الى تكرير ذكر ذلك ويذكر ما سواها فيصف الثمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول بنداقي أو

في كل مسلم فيه ويذكر ما سواهما فيصف الثمر بأربعة أوصاف النوع برني أو معقلي والبلد إن كان يختلف فيقول ببغداد أو بصري فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء والبصري بخلاف ذلك والقدر كبار أو صفار وحديث أو عتيق فإن أطلق العتيق فأني عتيق أعطي جاز ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً وإن قال عتيق عام أو عامين فهو على ما قال ، فأما اللون فإن كان النوع الواحد مختلفاً كالطبرزد يكون أحمر ويكون أسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ منه مشدخاً ولا قديماً قارب أن يتمر ، وهكذا ما جرى مجراه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد فيقول حوراني أو بلقاي أو سمالي ، وصفار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى وكذلك الحكم في الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(فصل) ويصف العسل بثلاثة أوصاف البلد فيجي أو نحوه ويجزيء ذلك عن النوع ، والزمان ريعي أو خريفي أو صيفي ، واللون أبيض أو أحمر وليس له إلا مصفى من الشمع

(فصل) ولا بد في الحيوان كله من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالناً وإن كان صغيراً فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع في قوله إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريباً وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجسكي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة والثوبه ولا الجمودة والسبوبة لأن ذلك لا يختلف به الثمن

بصري فإن البغدادي أحلى وأقل بقاء لعذوبة الماء ، والبصري بخلافه ، والقدر كبار أو صفار ، أو حديث أو عتيق فإن أطلق العتيق أجزأ أي عتيق كان ما لم يكن مسوساً ولا حشفاً ولا متغيراً ، وإن شرط عتيق عام أو عامين فهو على ما شرط ، فأما اللون فإن كان النوع الواحد يختلف كالطبرزد يكون أحمر وأسود ذكره والا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف إلا الحديث والعتيق وليس له من الرطب إلا ما أرطب كله ولا يأخذ مشدخاً ولا ما قارب أن يتمر وهكذا ما يشبهه من العنب والفواكه

(فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف النوع فيقول سبيلة أو سلموني والبلد حوراني أو سمالي وصفار الحب أو كباره وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم إليه إلا مصفى وهذا الحكم في الشعير وسائر الحبوب ويصف العسل بثلاثة أوصاف بالبلد ويجزيء ذلك عن النوع ، والزمان ريعي وصيفي واللون وليس له إلا مصفى

(فصل) ولا بد في الحيوان من ذكر النوع والسن والذكورية والانوثية ويذكر اللون إن كان النوع الواحد يختلف ويرجع في سن الغلام إليه إن كان بالناً والا فالقول قول سيده ، وإن لم يعلم رجع في ذلك إلى أهل الخبرة على ما يغلب على ظنونهم تقريباً ، وإذا ذكر النوع في الرقيق وكان مختلفاً مثل التركي منهم الجسكي والخزري فهل يحتاج إلى ذكره أو يكفي ذكر النوع ؟ يحتمل وجهين (أولهما) أنه يحتاج لانه يختلف به الثمن ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر الجمودة والسبوبة لأن ذلك لا يختلف به الثمن اختلافاً بيناً ومثل ذلك لا يراعى كما لا تراعى صفات الحسن والملاحة ، فإن ذكر شيئاً من ذلك

اختلافاً بيننا ، ومثل ذلك لا يراعى كصفات الحسن والملاحة فان ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثبوبة والبكارة لان الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الفرض ، ويذكر القدر خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار قال أحمد يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، فأما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من تاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون يضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان كان انتاج يختلف فيه مهرية وأرحية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين وما زاد على هذه الاوصاف لا يقتصر الى ذكره ، وان ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه ، وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمر فلا تاج لها فيجعل مكان ذلك نسبتها الى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها تاج فهي كالابل والافهي كالحمر ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عراية وفي الخيل عربية أو هجين أو بردون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمر والبغال فلا نوع فيهما (فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والانثوية والسمن والهزال وراعي أو معلوق ونوع

الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فخلاً أو خصياً ، وان كان من صيد لم يحتاج الى ذكر العلف والخصاء ويذكر الآلة التي يصاد بها من جراحة أو أحبولة ، وفي الجراحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً وصيد الكلب خيراً من صيد الفهد لكون الكلب أطيب الحيوان نكهة قيل لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله ان هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه الا القليل من الناس واذا لم يحتاج في الرقيق الى ذكر البكارة والثبوبة والسمن والهزال وأشباها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها ويعرفها

لزمه ، ويذكر الثبوبة والبكارة لان الثمن يختلف بذلك ويتعلق به الفرض ويذكر القدر خماسي أو سداسي يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار . قال أحمد : يقول خماسي سداسي أسود أبيض أعجمي أو فصيح ، أما الابل فيضبطها بأربعة أوصاف فيقول من تاج بني فلان والسن بنت مخاض أو بنت لبون واللون يضاء أو حمراء أو ورقاء وذكر أو أنثى ، فان اختلف النتاج فكان فيه مهرية وأرحية فهل يحتاج الى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين ولا يقتصر الى ذكر ما زاد على هذه الاوصاف ، وإن ذكر بعضه كان تأكيداً ولزمه وأوصاف الخيل كأوصاف الابل ، وأما البغال والحمر فلا تاج لها فيجعل بدل ذلك نسبتها الى بلدها ، وأما البقر والغنم فان عرف لها تاج فهي كالابل والافهي كالحمر ، ولا بد من ذكر النوع في هذه الحيوانات فيقول في الابل بختية أو عراية ، وفي الخيل عربية أو هجين أو بردون ، وفي الغنم ضأن أو معز الا الحمر والبغال فلا أنواع فيها

(فصل) ويذكر في اللحم السن والذكورية والانثوية والسمن والهزال وراعي أو معلوق ونوع الحيوان وموضع اللحم منه ويزيد في الذكر فخلاً أو خصياً وإن كان لم يصيد لم يحتاج الى ذكر العلف والخصى ويذكر الآلة التي يصاد بها من جراحة أو أحبولة ، وفي الجراحة يذكر صيد فهد أو كلب أو صقر فان الاحبولة يؤخذ الصيد منها سليماً ، وصيد الكلب خيراً من صيد الفهد لكون الكلب أطيب نكهة من الفهد لكونه مفتوح الفم في أكثر الاوقات ، والصحيح ان شاء الله أن هذا ليس بشرط لان التفاوت فيه يسير ولا يكاد الثمن يتباين باختلافه ولا يعرفه الا القليل من الناس ، واذا لم يحتاج في الرقيق الى ذكر السمن والهزال وأشباها مما يتباين بها الثمن وتعلق بها الرغبات ويعرفها الناس

الناس فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، وان كان السلم في لحم طير لم يحتاج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها وفي السمك يذكر النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما ، وان كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان اطلاقه يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه وأمسه ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد ولا رقيق إلا أن تكون رفته للحر ، ويصف اللبن بالنوع والمرعى ولا يحتاج الى اللون ولا حلبة يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير ، قال أحمد ويصح السلم في الخيض ، وقال الشافعي لا يصح السلم فيه لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا

ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج والملح والانفحة في الحين والماء في خل التمر ، ويصف الحين بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبن بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ (فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفافة

فهذا أولى ، ويلزم قبول اللحم بعظامه لانه هكذا يقطع فهو كالنوى في التمر ، فان كان السلم في لحم طير لم يحتاج الى ذكر الذكورية والانوثية إلا أن يختلف بذلك كلحم الدجاج ولا الى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لانه لا لحم عليها ، ويذكر في السمك النوع بردي أو غيره والكبر والصغر والسمن والهزال والطري والملح ولا يقبل الرأس والذنب وله ما بينهما وإن كان كثيراً يأخذ بعضه ذكر موضع اللحم منه

(فصل) ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر واللون أبيض أو أصفر ، قال القاضي ويذكر المرعى ولا يحتاج الى ذكر حديث أو عتيق لان الاطلاق يقتضي الحديث ولا يصح السلم في عتيقه لانه عيب ولا ينتهي الى حد يضبط به ، ويصف الزبد بأوصاف السمن ويزيد زبد يومه أو أمسه ولا يلزم قبول متغير من السمن والزبد ولا رقيق إلا أن تكون رفته للحر ، ويصف اللبن بالمرعى ولا يحتاج الى اللون ولا حليب يومه لان اطلاقه يقتضي ذلك ولا يلزمه قبول متغير . قال أحمد ويصح السلم في الخيض وقال الشافعي لا يصح لان فيه ما ليس من مصلحته وهو الماء فصار المقصود مجهولا ولنا أن الماء يسير يترك لاجل المصلحة جرت العادة به فلم يمنع صحة السلم فيه كالماء في الشيرج وفي خل التمر ، ويصف الحين بالنوع والمرعى ورطب أو يابس ، ويصف اللبن بصفات اللبن ويزيد اللون ويذكر الطبخ وعدمه .

(فصل) ويضبط الثياب بستة أوصاف النوع كتان أو قطن والبلد والطول والعرض والصفافة

(١) كان ذلك المعروف
حق زمن المؤلف
وأما الآن فلا يتمذر
بل هو موجود

(٢) يمكن ضبطه

والرقة والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن فإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة وكونه على وزن معلوم فيكون فيه تقرير لتعذر اتفاقه (١) وإن ذكر خاماً أو مقصوراً فله ما شرط وإن لم يذكره جاز وله خام لأنه الأصل وإن ذكر مغسولاً أو ليساً لم يحز لان اللبس يختلف ولا ينضبط فإن أسلم في مصبوغ وكان مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يصبغ بعد نسجه لم يحز لان صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته ولان الصبغ غير معلوم ، وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وإبريسم أو قطن وكتان أو صوف وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول : السدي إبريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز ولهذا جاز السلم في الحز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يحز لانه لا ينضبط (٢)

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والدقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظ والدقة الطول والقصر ، وإن شرط في القطن مزروع الحب جاز وإن أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ والدقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف . قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ، ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير ، وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبر وإن لم يشترطه ، وإن شرطه جاز وكان تأكيداً والشعر والوبر كالصوف ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والدقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

والرقة والغلظ والنعومة والخشونة ولا يذكر الوزن وإن ذكره لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشتركة مع وزن معلوم فيكون فيه تقرير لبعده اتفاقه ، وإن ذكر الخام أو المقصور فله شرطه وإن لم يذكره جاز وله خام لأنه الأصل ، وإن ذكر مغسولاً أو ليساً لم يحز لان اللبس يختلف ولا ينضبط فإن أسلم في مصبوغ مما يصبغ غزله جاز لان ذلك من جملة صفات الثوب ، وإن كان مما يصبغ بعد نسجه لم يحز لان الصبغ يمنع من الوقوف على نعومة الثوب وخشونته ولان الصبغ غير معلوم ، وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول كقطن وكتان أو قطن وإبريسم أو صوف وإبريسم وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول السدي إبريسم واللحمة كتان أو نحوه جاز وقد ذكرناه ، ولهذا جاز السلم في الحز وهو من غزلين مختلفين ، وإن أسلم في ثوب موشى وكان الوشي من تمام نسجه جاز وإن كان زيادة لم يحز لانه لا ينضبط .

(فصل) ويصف غزل القطن والكتان بالبلد واللون والغلظ والرقة والنعومة والخشونة ويصف القطن بذلك ويجعل مكان الغلظة والرقة الطول والقصر ، وإن شرط في القطن مزروع الحب جاز وإن أطلق كان له بحبه كالتمر بنواه ، ويصف الإبريسم بالبلد واللون والغلظ والرقة ، ويصف الصوف بالبلد واللون والطول والقصر والزمان خريفي أو ربيعي لان صوف الخريف أنظف ، قال القاضي : ويصفه بالذكورية والانوثية لان صوف الاناث أنعم ويحتمل أن لا يحتاج إلى هذه الصفة لان التفاوت في هذا يسير وعليه تسليمه نقياً من الشوك والبر وإن لم يشترطه ، وإن اشترطه جاز وكان تأكيداً وكذلك الشعر والوبر ، ويصح السلم في الكاغد لانه يمكن ضبطه ويصفه بالطول والعرض والرقة والغلظ واستواء الصنعة وما يختلف به الثمن

(فصل) ويضبط النحاس والرصاص والحديد بالتويع فيقويع في الرصاص قلمي أو أسرب والنعمو والخشونة واللون ان كان يختلف ويزيد في الحديد ذكر أ أو أتى فان الذكر أحد وأمضى ، وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك كله ، وإن أسلم في قصاع وأقداح من الحشب جاز ، ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وأي عمل ؟ وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وغلظه وبلده وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفته (فصل) والحشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه وييسه ورطوبته وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ، ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه الى طرفه بذلك العرض والدور فان كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وإن كان أدق لم يلزمه قبوله ، وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب ، وإن كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقاً فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلق ، ويذكر فيما للوقود الغلظة واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج الى معرفته ويخرجه من الجهالة ، وإن أسلم في النشاب والتبل ضبطه بنوع جنسه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه (فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ، ومنها ما هو للبناء فيذكر النوع واللون والقدر والوزن ، ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر

(فصل) ويضبط الرصاص والنحاس والحديد بالتويع فيقويع في الرصاص قلمي أو أسرب والنعمو والخشونة واللون ان كان يختلف ويزيد في الحديد ذكر أ أو أتى فان الذكر أحد وأمضى وإن أسلم في الاواني التي يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز ويضبطها بذلك وإن أسلم في قصاع وأقداح من الحشب جاز ويذكر نوع خشبها من جوز أو توت وقدرها في الصغر والكبر والعمق والضيق والثخانة والرقة وإن أسلم في سيف ضبطه بنوع حديده وطوله وعرضه ورقته وبلده وغلظه وقديم الطبع أو محدث ماض أو غيره ويصف قبضته وجفته

(فصل) والحشب على أضرب منه ما يراد للبناء فيذكر نوعه ورطوبته وييسه وطوله ودوره أو سمكه وعرضه ويلزمه أن يدفع إليه من طرفه الى طرفه بذلك العرض والدور ، وإن كان أحد طرفيه أغلظ مما وصف فقد زاده خيراً ، وإن كان أدق لم يلزمه قبوله ، وإن ذكر الوزن أو سمحا جاز وإن لم يذكره جاز وله سمح خال من العقد لان ذلك عيب وإن كان للقسي ذكر هذه الاوصاف وزاد سهلياً أو جبلياً أو خوطاً أو فلقاً فان الجبلي أقوى من السهلي والخوط أقوى من الفلق ، ويذكر فيما للوقود الغلظ واليبس والرطوبة والوزن ، ويذكر فيما للنصب النوع والغلظ وسائر ما يحتاج الى معرفته ويخرجه من الجهالة وإن أسلم في النشاب والتبل ضبطه بنوع خشبه وطوله وقصره ودقته وغلظه ولونه ونصله وريشه .

(فصل) والحجارة منها ما هو للارحية فيضبطها بالدور والثخانة والبلد والنوع ان كان يختلف ومنها ما هو للبناء فيذكر اللون والقدر والنوع والوزن ويذكر في حجارة الآنية اللون والنوع والقدر واللبن والوزن ويصف البلور باوصافه ويصف الآجر والابن بموضع التربة واللون والدور والثخانة وإن أسلم

واللين والوزن ويصف البلور بأوصافه ويصف الآجر واللبن بموضع اتربة واللون والدور والنخانة ،
وان أسلم في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء جف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه
ويضبط التراب بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بلونه والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله أن يعطيه
صفاراً أو كباراً ، وقد قيل ان العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ، ويضبط العود الهندي ببلده
وما يعرف به ويضبط المصطكا واللبان والفراء العربي وصنع الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به

(مسئلة) قال (اذا كان بكيل معلوم أو وزن معلوم أو عدد معلوم)

هذا الشرط الثالث وهو معرفة مقدار السلم فيه بالكيل ان كان مكيلا وبالوزن ان كان موزونا
وبالعدد ان كان معدوداً لقول النبي ﷺ « من أسأف في شيء فليسأف في كيل معلوم أو وزن معلوم »

في الجص والنورة ذكر اللون والوزن ولا يقبل ما أصابه الماء جف ولا ما قدم قدما يؤثر فيه ويضبط التراب
بمثل ذلك ويقبل الطين الذي قد جف ان كان لا يتأثر بذلك

(فصل) ويضبط العنبر بالوزن والبلد وان شرط قطعة أو قطعتين جاز وان لم يشترط فله اعطاءه
صفاراً أو كباراً ، وقد قيل العنبر نبات يخلقه الله تعالى في جنبات البحر ويضبط العود الهندي ببلده وما
يعرف به ويضبط اللبان والمصطكا وصنع الشجر والمسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به

(مسئلة) (فان شرط الاجود لم يصح) لتعذر الوصول اليه إلا نادراً (وان شرط الأردأ لم يصح
في أحد الوجهين) لذلك (واثنائي) يصح لانه يمكنه تسام المسام أو خير منه فيلزم المسام قبوله
(مسئلة) (وإن جاءه بدون ما وصف له أو نوع آخر فله أخذه)

لانه رضي بدون حقه ولا يلزمه لأن فيه اسقاط حقه ، وقال القاضي يلزمه اذ لم يكن أدنى من النوع
المشترط لانه من جنسه أشبه الزائد في الصفة . ولنا أنه لم يأت بالمشروط فلم يلزم قبوله كالأدنى بخلاف
الزائد في الصفة فانه أحضر المشروط مع زيادة ولان أحد النوعين يصاح بالآخر بخلاف الصفة
(مسئلة) (وإن جاءه بجنس آخر لم يحز له أخذه)

لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسأف في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه أبو داود وذكر
ابن أبي موسى رواية أنه يجوز أن يأخذ مكان البرشيعر أمثلة له ولعله بناء على أنهم جنس واحد والاول أصح
(مسئلة) (وإن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله) لانه أتى بما تناوله المقدم وزيادة تنفعه ولا تنفزه

(مسئلة) (وإن جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح)
وقال أبو حنيفة يصح كما لو جاءه بزيادة في القدر . ولنا ان الجودة صفة فلا يجوز
افرادها بالمقدار لو كان مكيلا أو موزونا ، وإن جاءه بزيادة في القدر فقال له ذلك صح لان
الزيادة هنا يجوز افرادها بالبيع

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الثالث أن يذكر قدره بالكيل في المكيل والوزن في الموزون والذرع
في المنزوع فان أسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لم يصح وعنه يصح)
بشترط معرفة قدر السلم فيه بالكيل في المكيل والوزن في الموزون في إحدى الروايتين لقول

إلى أجل معلوم » ولأنه عوض غير مشاهد يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة المقدار خلافاً ويجب أن يقدره بمكيال أو أرتال معلومة عند العامة . فإن قدره باناء معلوم أو صنعة معينة غير معلومة لم يصح لأنه يهلك فيتعذر معرفة قدر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج إليه المقدال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقبض لا يعلم عياره ولا في ثوب بذرة فلان لأن الميعار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو نورة ، وإن عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جازوا لم يختص بهما وإن لم يعرفا لم يجز .

(فصل) وإن أسلم فيما يكال وزناً أو فيما يوزن كيلاً قتل الأثرم أنه سأل أحمد عن السلم في التمر وزناً فقال : لا إلا كيلاً . قلت إن الناس هنا لا يعرفون الكيل قال وإن كانوا لا يعرفون الكيل ، فيحتمل هذا أنه لا يجوز في المكيال إلا كيلاً ولا في الموزون إلا وزناً وهكذا ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبني على اشتراط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه قدر المسلم بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزناً ، ونقل المروذي عن أحمد

النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » متفق عليه ويشترط معرفة المذروع بالذرع والمعدود بالعد لأنه عوض غائب يثبت في الذمة فاشتراط معرفة قدره كالثمن ، ولا نعلم في اعتبار معرفة مقدار السلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم فإن أسلف في المكيال وزناً أو في الموزون كيلاً ففيه روايتان (أحدها) لا يصح نقلا عنه الأثرم فقال سئل أحمد عن السلم في التمر وزناً فقال لا إلا كيلاً ، قالت إن الناس هنا لا يعرفون الكيل . قال وإن كانوا لا يعرفون الكيل فعلى هذه الرواية لا يجوز في المكيال إلا كيلاً ولا في الموزون إلا وزناً ذكره القاضي وابن أبي موسى لأنه مبني على اشتراط معرفة قدره فلم يجز بغير ما هو مقدر به في الأصل كبيع الربويات بعضها ببعض ولأنه مقدر بغير ما هو مقدر به في الأصل فلم يجز كما لو أسلم في المذروع وزناً (والثانية) يجوز فنقل المروذي عن أحمد أن السلم يجوز في اللبن إذا كان كيلاً أو وزناً وهذا يدل على إباحة السلم في المكيال وزناً وفي الموزون كيلاً لأن اللبن لا يخلو من أن يكون مكيلاً أو موزناً وقد أجاز السلم فيه بكل منهما وهو قول الشافعي وابن المنذر ، وقال مالك ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزناً وهذا الصحيح إن شاء الله لأن الغرض معرفة قدره وإمكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز ويفارق بيع الربويات فإن المائل بالكيل في المكيال والوزن في الموزون شرط ولا يعلم هذا الشرط إذ قدرها بغير مقدارها الأصلي ، وقد ذكرنا المكيال والموزون في باب الربا ، ولا يسلم في اللبأ إلا موزوناً لأنه يجحد عقيب حله فلا يتحقق الكيل فيه وإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بميزان لثقله كالأحجار والكبار وزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر إلى أي موضع تنوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل أو أحجار صفار إلى أن يبلغ الماء الموضع المعلوم ثم يوزن بميزان فيكون زنة ذلك الشيء .

(مسئلة) (ولا بد أن يكون المكيال معلوماً فإن شرط مكيالاً بعينه أو صنعة بعينها غير معلومة لم يصح)

بشرط أن يكون المكيال والصنعة والذراع معروفة عند العامة فإن عين مكيالاً أو صنعة أو

انه يجوز السلم في الابن إذا كان كيلا أو وزنا وهذا يدل على اباحة السلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا لان أثبتن لا يخلو من كونه مكيلا أو موزونا وقد أجاز السلم فيه بكل واحد منها وهذا قول الشافعي وابن المنذر، وقال مالك ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وزنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى لان الغرض معرفة قدره وخروجه من الجاهالة وامكان تسليمه من غير تنازع فبأي قدر قدره جاز . ويفارق بيع الربويات فان التماثل فيها في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا شرط ولا نعلم هذا الشرط اذا قدرها بغير مقدارها الاصيل . اذا ثبت هذا فان الجوب كلها مكيلة وكذلك التمر والزبيب والفسق والبندق والملح ، قال القاضي وكذلك الادهان وقال في السمن واللبن والزبد يجوز السلم فيها كيلا ووزنا ولا يسلم في اللب الا وزنا لانه بمحمد عقيب حلبه فلا يتحقق الكيل فيه

(فصل) فان كان السلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله كالارحية والحجارة الكبار يوزن بالسفينة فتترك السفينة في الماء ثم يترك ذلك فيها فينظر الى أي موضع تفوص فيعلمه ثم يرفع ويترك مكانه رمل او حجارة صفار الى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ثم يوزن بميزان فما بلغ فهو وزنه ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه (١)

(فصل) ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان السلم جائز في الثياب بذرع معلوم

(فصل) وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره فالمعدود نوعان

(١) في هذا العصر من الموازين ما يوزن فيه ما هو أعظم مما ذكره بدقة لا يتأتى مثلاً بوزن السفينة

ذراعا غير معلوم لم يصح لانهم لم يمتثلوا له فاعتذر المسلم فيه وهذا غرر لا يحتاج اليه العقد. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم في الطعام لا يجوز بقفيز لا يعرف عياره ولا في ثوب بذرع فلان لان المعيار لو تلف أو مات فلان بطل السلم منهم الثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور فان عين مكيال رجل أو ميزانه وكانا معروفين عند العامة جاز ولم يخص بهما ، فان لم يعلم لم يجز لما ذكرنا (مسئلة) (وفي المعدود المختلف غير الحيوان روايتان)

(احدها) يسلم فيه عدداً والاخرى وزنا وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً وفي الفواكه والبقول وزنا وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع فعلى ضربين معدود وغيره والمعدود نوعان (احدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض فيسلم فيه عدداً في أظهر الروايتين وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي، وقال الشافعي لا يسلم فيه ما عدداً لان ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عدداً كالبطيخ وإنما يسلم فيها وزنا وكيلا ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط الكبر والصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء «يسير عني عنه كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه ، ويفارق البطيخ فانه يتفاوت تفاوتاً كثيراً لا ينضبط ولنا فيه منع أيضاً (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فحكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول وفيه وجهان (احدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطها بالصغر والكبر لانه يباع هكذا (والثاني) لا يسلم فيه الا وزنا وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي لانه لا يمكن تقديره بالعدد لانه يختلف كثيراً ويتباين جداً، ولا بالكيل لانه يتجافى في المكيال. ولا يمكن تقدير البقل بالحزم لانه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فيستعين تقديره به ، وقيل يسلم في الجوز والبيض عدداً لانه يباع كذلك وفي الفواكه والبقول وزنا لانه أضبط وقد ذكرناه

(أحدهما) لا يتباين كثيراً كالجوز والبيض ونحوهما فيسلم فيه عدداً ، وهو قول أبي حنيفة والاوزاعي وقال الشافعي يسلم فيها كيلاً أو وزناً ولا يجوز عدداً لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يحز عدداً كالبطيخ ولنا أن التفاوت يسير ويذهب ذلك باشتراط السكر أو الصغر أو الوسط فيذهب التفاوت وإن بقي شيء يسير عني عنه كسائر التفاوت في المكيال والموزون المعفو عنه ويفارق البطيخ فإنه ليس بمعدود والتفاوت فيه كثير لا ينضب (النوع الثاني) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان (أحدهما) يسلم فيه عدداً ويضبطه بالصغر والسكر لأنه يباع هكذا (الثاني) لا يسلم فيه إلا وزناً ، وهذا قال أبو حنيفة والشافعي لأنه لا يمكن تقديره بالعدد لأنه يختلف كثيراً ويتباين جداً ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيال . ولا يمكن تقدير البقول بالحزم لأنه يختلف ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به .

(مسئلة) قال (إلى أجل معلوم بالاهلة)

وهذا الشرط الرابع وهو أن يكون مؤجلاً أجلاً معلوماً وفي هذه المسئلة فصول ثلاثة

قال رحمه الله تعالى (فصل) (الرابع أن يشترط أجلاً معلوماً له وقع في الثمن كالشهر ونحوه، فإن أسلم حالاً أو إلى أجل قريب كالיום ونحوه لم يصح) يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً ولا يصح السلم الحال نص عليه أحمد في رواية المروزي ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وإن المنذر يجوز السلم حالاً لأنه عقد يصح مؤجلاً فصح حالاً كيوم الأعيان ، ولأنه إذا جاز مؤجلاً حالاً أجاز ومن الفرر أبعد ولنا قول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » فأمر بالأجل والأمر يقتضي الوجوب ، ولأنه أمر بهذه الشروط تبييناً لشروط السلم ومنعاً منه بدونها ، ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن فكذلك الأجل ، ولأنه أجاز رخصة للمرفق ولا يحصل المرفق إلا بالأجل ، فإذا اتقى الأجل اتقى المرفق فلا يصح كالكتابة ، ولأن الحلول يخرج عن اسمه ومعناه ، أما الاسم فإنه سمي سلفاً وسلفاً لتعجل أحد الموضين وتأخر الآخر ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع رخص فيه من أجل الحاجة الداعية إليه ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم فلا يثبت وفارق يبيع الأعيان فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكرناه من التنبيه غير صحيح لأن ذلك إنما يجري فيما إذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التأكيد وليس كذلك هنا فإن البعد من الفرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وإنما المصحح له شيء آخر لم يذكر اجتماعهما فيه وقد بينا افتراقهما . إذا ثبت هذا فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح ومعناه معنى السلم ، وإنما افتراقاً في اللفظ لكن يشترط في البيع أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، فإن باعه ما ليس عنده لم يصح وقد ذكرناه

(فصل) ويشترط كون الأجل مدة لها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز ، وقدره بمضهم بثلاثة أيام وهو قول الاوزاعي لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط وهي آخر حد القلة قالوا لأن الأجل إنما اعتبر في السلم لأن المسلم فيه معدوم في الأصل لكون

(أحدها) أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً ولا يصح السلم الحال قال أحد في رواية المروذي لا يصح حتى يشترط الاجل ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يجوز السلم حالا لانه عقد يصح . مؤجلاً فصح حالاً كبيع الاعيان ولانه اذا جاز مؤجلاً لحالا أجوز ومن الغرر أبعد ، ولنا قول النبي ﷺ « من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم الى أجل معلوم » فامر بالاجل وأمره يقتضي الوجوب ولانه أمر بهذه الامور تبيناً لشروط السلم ومنعاً منه بدونها وكذلك لا يصح اذا اتقى الكيل والوزن فكذلك الاجل ولان السلم إنما جاز رخصة للرفق ولا يحصل الرفق الا بالاجل فاذا اتقى الاجل اتقى الرفق فلا يصح كالكتابة ولان الحلول يخرج عن اسمه ومعناه أما الاسم فلانه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر ومعناه ما ذكرناه في أول الباب من أن الشارع أرحص فيه للحاجة الداعية اليه ومع حضور ما يديه حالاً لا حاجة إلى السلم فلا يثبت ويفارق تنوع الاعيان فانها لم تثبت على خلاف الاصل لمعنى يختص بالتأجيل وما ذكره من التنبيه غير صحيح لان ذلك إنما يحجز في ما اذا كان المعنى المقتضي موجوداً في الفرع بصفة التاكيد وليس كذلك هنا فان البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل وأما المصحح

السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الاجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور حصوله فيها. ولنا أن الاجل إنما اعتبر ليتحقق الرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لان الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والاجل يجوز أن يكون أعواماً وهم لا يحجزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقتضي التقدير بها ، وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة لا يصح فان السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا يحصل هذا في المدة البسيطة غالباً

(مسئلة) (إلا أن يسلم في شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة فيصح)

قال الاثرم قلت لأبي عبد الله الرجل يدفع الى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم ؟ فقلت نعم ، فقال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أنه يأخذ منه كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه : وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد الى أجلين لم يصح في أحد القولين لان ما يقابل أبعدها أجلاً أقل مما يقابل الآخر وذلك مجبول . ولنا أن كل بيع جاز الى أجل جاز الى أجلين وأجال كبيع الاعيان ، فعلى هذا اذا قبض البعض وتعذر رجوع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقي فضلاً على المقبوض لانه مبيع واحد مماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) (فان أسلم في جنس الى أجلين أو في جنسين الى أجل صح) أما اذا أسلم في جنس الى أجلين فقد ذكرناه في المسئلة قبلها ، وإن أسلم في جنسين الى أجل واحد صح قياساً على البيع (مسئلة) (ولا بد أن يكون الاجل مقدراً بزمان معلوم للخبر)

وهو أن يسلم الى وقت يعلم بالأهلة نحو أول الشهر وأوسطه وآخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، فان أسلم الى عيد الفطر أو النحر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لانه معلوم بالأهلة فان

له شيء آخر لم نذكر احباهما فيه وقد بينا افتراقهما ، اذا ثبت هذا فانه ان باعه ما يصح السلم فيه حالا في الذمة صح ومعناه معنى السلم وانما افتراقا في اللفظ .

(الفصل الثاني) أنه لا بد من كون الاجل معلوما لقوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الى أجل معلوم » ولا نعلم في اشتراط السلم في الجملة اخلافا لما كيفيته فانه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه ؟ وكذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى أنه قال أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور وعن ابن عمر أنه كان يتنازع الى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد ان كان شيء يعرف فأرجو وكذلك ان قال الى قدوم الغزاة ، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لان ذلك معلوم فلما نفس العطاء فهو في نفسه محمول يختلف ويتقدم ويتأخر ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتفاوت أيضا فأنشبه الحصاد ، واحتج من أجاز ذلك بانه أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت فيه تفاوتنا كثيرا فأنشبه اذا قال الى رأس السنة

ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال لا تتابعوا الى الحصاد والدياس ولا تتابعوا الا الى شهر معلوم ولان ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد . فان قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت ان رسول الله ﷺ بعث الى يهودي « ان ابعث الي ثوبين الى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمارة قال احمد فيه غفلة وهو صدوق قال ابن المنذر فاحاف أن يكون من غفلاته اذ لم يتابع عليه ، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الاجل الى الميسرة لم يصح

(فصل) اذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر تعلق بأولها وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف ذلك الى الاشهر الهلالية بدليل قوله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم

جعل الاجل مقدرا بغير الشهور الهلالية وكان ما يعرفه المسلمون وهو مشهور بينهم مثل الاشهر الرومية كشباط ونحوه أو عيدا لا يختلف كالنيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الحارثي وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم الى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم الى الشمانين وعيد الفطير ، ولان هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال الفاضلي يصح وهو قول الاوزاعي والشافعي لانه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف لكونه لا يعلمه المسلمون وإن كان مما لا يعرفه المسلمون كالشمانين وعيد الفطير ونحوهما لم يصح السلم اليه لان المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لان قولهم غير مقبول ولانهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم الى مالا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح لانه محمول عنده

(فصل) واذا جعل الاجل الى شهر تعلق بأوله ، وان جعل الاجل اسما يتناول شيئين كجمادى ويوم النفر تعلق بأولها ، وان قال الى ثلاثة أشهر كان الى انقضائها لانه اذا ذكر ثلاثة أشهر مبهمه وجب أن يكون ابتداءها من حين لفظه بها ، وكذلك لو قال الى شهر كان الى آخره وينصرف الى الاشهر الهلالية لقول الله تعالى (ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا) وإن أراد الهلالية فان

خلق السموات والأرض منها أربعة حرم) وأراد الهلالية وإن كان في أثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً وقيل تكون الثلاثة كلها عددية ، وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع ، وإن قال محله شهر كذا أو يوم كذا صح وتعلق بأوله وقيل لا يصح لأنه جعل ذلك ظرفاً فيحتمل أوله وآخره . والصحيح الأول فإنه لو قال لامراته أنت طالق في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فإن قيل الطلاق يتعلق بالخطار والاعترار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولاً وكذا السلم .

(فصل) ومن شرط الأجل أن يكون مدتها وقع في الثمن كالشهر وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة لو قدره بنصف يوم جاز . وقدره بعضهم بثلاثة أيام ، وهو قول الأوزاعي لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط ولأنها آخر حد القلة وتعلق بها عندهم لإباحة رخص السفر ، وقال الآخرون إنما اعتبر التأجيل لأن المسلم فيه معدوم في الأصل ليكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس فلا بد من الأجل ليحصل ويسلم وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها ، ولنا أن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن ولا يصح اعتباره بمدة الخيار لأن الخيار يجوز ساعة وهذا لا يجوز والأجل يجوز أن يكون أعواماً وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث وكونها آخر حد القلة لا يقضي التقدير بها ، وقولهم إن المقصود يحصل بأقل مدة غير صحيح فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها ولا تحصل هذه في المدة البسيرة

(الفصل الثالث) في كون الأجل معلوماً بالأهلة وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالهلال نحو أول الشهر أو أوسطه أو آخره أو يوم معلوم منه لقول الله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك ، ولو أسلم إلى عيد الفطر أو التجر أو يوم عرفة أو عاشوراء أو نحوها جاز لأنه معلوم بالأهلة ، وإن جعل الأجل مقدراً بغير الشهور والهلالية فذلك قسبان

كان في أثناء شهر كمل شهر بالعدد وشهرين بالأهلة ، وقيل تكون الثلاثة بالعدد وسند ذلك في غير هذا ، وإن قال محله شهر كذا صح وتعلق بأوله ، وقيل لا يصح لأنه جعل ذلك ظرفاً فيحتمل أوله وآخره والصحيح الأول ، فإنه لو قال لبعده أنت حر في شهر كذا تعلق بأوله وهو نظير مسئلتنا ، فإن قيل العتق يتعلق بالخطار والاعترار ويجوز تعليقه على مجهول كنزول المطر وقدم زيد بخلاف مسئلتنا ، قلنا إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله فلا يكون مجهولاً وكذا السلم

(مسئلة) (وإن أسلم إلى الحصاد أو شرط الخيار إليه فعلى روايتين)

لا يصح أن يؤجل السلم إلى الحصاد والجزاز وما أشبهه ، كذلك قال ابن عباس وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وفيه رواية أخرى أنه يجوز . قال أحمد : أرجو أن لا يكون به بأس ، وبه قال مالك وأبو ثور ، وعن ابن عمر أنه كان يبتاع إلى العطاء ، وبه قال ابن أبي ليلى وقال أحمد إن كان شيء يعرف فأرجو ، وكذلك إن قال إلى قدوم الغزاة وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء لأن ذلك معلوم ، فأما نفس العطاء فهو مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر ، ويحتمل أنه أراد نفس العطاء لكونه يتقارب أيضاً فأشبه الحصاد ووجه ذلك أنه أجل تعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة لا يتفاوت تفاوتاً كثيراً أشبه إذا قال إلى رأس السنة

(أحدهما) ما يعرفه المسلمون وهو بينهم مشهور ككانون وشباط أو عيد لا يختلف كالتيروز والمهرجان عند من يعرفها فظاهر كلام الحرقى وابن أبي موسى أنه لا يصح لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية أشبه إذا أسلم إلى الشعمانين وعيد الفطير ولأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي يصح ، وهو قول الاوزاعي والشافعي قال الاوزاعي إذا أسلم إلى فصيح النصارى وصومهم جاز لأنه معلوم لا يختلف أشبه أعياد المسلمين وفارق ما يختلف فإنه لا يعلمه المسلمون (القسم الثاني) ما لا يعرفه المسلمون كعيد الشعمانين وعيد الفطير ونحوهما فهذا لا يجوز السلم إليه لأن المسلمين لا يعرفونه ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه لأن قولهم غير مقبول ولأنهم يقدمونه ويؤخرونه على حساب لهم لا يعرفه المسلمون ، وإن أسلم إلى ما لا يختلف مثل كانون الاول ولا يعرفه المتأقنان أو أحدهما لم يصح لأنه مجهول عنده . (١)

(١) فإن عرفوا

كل ذلك كاعل البلاد
التي تنشر فيها التقاويم
المبينة لذلك صح

ولنا قول ابن عباس : لا تتابعوا إلى الحصاد والدياس ، ولا تتابعوا إلا إلى شهر معلوم ، ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد فلا يجوز أن يكون أجلاً كدوم زيد ، فإن قيل فقد روي عن عائشة أنها قالت : إن النبي ﷺ بعث إلى يهودي « أن ابث إلي ثوبين إلى الميسرة » قلنا قال ابن المنذر رواه حرمي بن عمار ، وقال أحمد فيه غفلة وهو صدوق ، قال ابن المنذر فأخاف أن يكون من غفلاته إذ لم يتابع عليه ، ثم إنه لا خلاف في أنه لو جعل الاجل إلى الميسرة لم يصح ، وإن جعل الخيار إليه فهو في معنى الاجل

(مسئلة) (وإذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر في قبضه لزمه قبضه والا فلا)

عبر بالسلم عن المسلم فيه كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، وبالرهن عن المرهون ، وإذا حضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله كالبيع المعين سواء تضرر بقبضه أو لا لأن على المسلم إليه ضرراً في بقاءه في يده ، فإن امتنع قيل له إما أن تبض حقلك أو تبريء منه لأن قبض الحاكم قام مقام قبض المتنع بولايته إلا أنه ليس له الإبراء (الحال الثاني) أن يحضره بعد محل الوجوب فهو كما لو أحضر المبيع بعد تفرقه (الحال الثالث) أن يحضره قبل محله فينظر ، فإن كان في قبضه قبل المحل ضرر إما لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحو هذا لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله أو طعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لأنه لا يأمن تلفه ويحتاج إلى المؤونة وهكذا أن كان يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالقطن ونحوه ، أو كان الوقت مخوفاً يخشى على ما يقبضه فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال لأن عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقيقه له فهو كمنقص صفة فيه ، وإن كان مما لا ضرر في قبضه ولا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعدل ولم يكن في قبضه ضرر الخوف ولا يحمل مؤنة فعليه قبضه لحصول غرضه مع زيادة تعجل المنفعة تجري مجرى زيادة الصفة وزيادة الجودة في السلم فيه

(فصل) وليس له إلا أقل ما تقع عليه الصفة لأنه قد سلم إليه ما تناوله انعقد فبرئت ذمته منه فعليه أن يسلم الحبوب نقية ، فإن كان فيها تراب يأخذ موضعاً من السكبال لم يجر ، وإن كان سيرا لا يؤثر في السكبال ولا يعيب لزمه أخذه ، ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافاً ، ولا يلزم أن يتأهى جفافه لأنه يقع عليه

(مسئلة) قال (موجوداً عند محله)

هذا الشرط الخامس وهو كون المسلم فيه عام الوجود في محله ولا نعلم فيه خلافاً وذلك لانه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل بحكم الظاهر فلم يمكن تسليمه فلم يصح بيعه كبيع الآبق بل أولى فإن السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لثلاثا يكثر الغرر فيه فلا يجوز أن يسلم في الغنم والرطب إلى شباط أو آذار ولا إلى محل لا يعلم وجوده فيه كزمان أول الغنم أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً فلا يؤمن انقطاعه (فصل) ولا يجوز أن يسلم في ثمرة بستان بعينه ولا قرية صغيرة لكونه لا يؤمن تلفه وانقطاعه قال ابن المنذر ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم ومن حفظنا عنه ذلك الثوري ومالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وإسحاق قال وروينا عن النبي ﷺ أنه أسأف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يؤمن انقطاعه وتلفه فلم يصح كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنعة معينة أو أحضر خرقه وقال أسلمت إليك في مثل هذه

(فصل) ولا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان

الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيياً بحال وإن قبضه فوجده معيياً فله المطالبة بالبدل كالبيع والله أعلم (فصل) الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه عام الوجود في محله لا نعلم فيه خلافاً لانه إذا كان ظاهراً أمكن تسليمه عند وجوب التسليم ، وإذا لم يكن عام الوجود لم يكن موجوداً عند المحل كذلك فلا يمكن تسليمه فلم يصح بيع الآبق ، بل أولى فإن السلم احتمال فيه أنواع من الغرر للحاجة فلا يحتمل فيه غرر آخر لثلاثا يكثر الغرر فإن كان لا يوجد فيه أولاً يوجد إلا نادراً كما سلم في الغنم والرطب إلى شباط أو آذار أو أسلم إلى محل لا يعلم وجوده فيه كزمن أول الغنم أو آخره الذي لا يوجد فيه إلا نادراً لم يصح لانه لا يؤمن انقطاعه فلا يغاب على الخائن القدرة على تسليمه عند وجوب التسليم

(مسئلة) (وان أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قرية صغيرة لم يصح لانه لا يؤمن تلفه وانقطاعه) قال ابن المنذر: ابطال السلم إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه كالاجماع من أهل العلم منهم الثوري ومالك والشافعي والاوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي، قال وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أسأف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى فقال اليهودي من تمر حائط بني فلان فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» رواه ابن ماجه وغيره ورواه الجوزجاني في المترجم وقال أجمع الناس على الكراهة لهذا البيع ولانه لا يؤمن انقطاعه وتلفه أشبه ما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين أو صنعة معينة أو أحضر خرقه وأسلم في مثلها (فصل) ولا يشترط وجود المسلم فيه حال العقد بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء

الثناء وفي كل يوم معدوم إذا كان موجوداً في المحل وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي لا يجوز حتى يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حين المحل لأن كل زمن يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل ولنا إن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال «من أسأف فليسأف في كيل معلوم أو وزن معلوم وأجل معلوم» ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولناهم عن السلف سنتين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولأنه يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً جازاً للمسلم فيه كالموجود ولا نسلم أن الدين محل بالموت وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً وهما لم يجعلاه

(فصل) إذا تذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبه المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته وبه قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه يفسخ العقد بنفس التذرع ليكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلك انفسخ العقد كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلك، والاول هو الصحيح فإن العقد قد صح وإنما تذر التسليم فهو كما لو اشترى عبداً فأبقى قبل القبض ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام فأنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لأنه من دفع ماهو بصفة حقه ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها وليست متعينة

وفي كل معدوم إذا كان موجوداً عند المحل وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال الثوري والأوزاعي وأصحاب الرأي يشترط أن يكون جنسه موجوداً حال العقد إلى حال المحل لأن كل زمان يجوز أن يكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه فاعتبر وجوده فيه كالمحل. ولنا إن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث فقال «من أسأف فليسأف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر الوجود ولو كان شرطاً لذكره ولناهم عن السلف سنتين لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة ولا يثبت في الذمة ويوجد في محله غالباً أشبه الموجود ولا نسلم أن الدين محل بالموت، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود إذ لو لم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة والمحل ما جعله المتعاقدان محلاً وهما لم يجعلاه

(مسئلة) (وان أسلم إلى محل يوجد فيه عاماً فانقطع خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً في أحد الوجهين وفي الآخر يفسخ بنفس التذر)

وجملة ذلك أنه تذر تسليم المسلم فيه عند محله إما لغيبه المسلم إليه أو عجزه عن التسليم حتى عدم المسلم فيه أو لم تحمل الثمار تلك السنة فالمسلم بالخيار بين الصبر إلى أن يوجد فيطالب به وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً وإلا قيمته، وبذلك قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر، وفيه وجه آخر أنه يفسخ بنفس التذرع ليكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها فإذا هلك انفسخ العقد به كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلك، والاول أصح فإن العقد قد صح وإنما تذر التسليم فهو كمن اشترى عبداً فأبقى قبل القبض، ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام، فأنهما

وإن تعذر البعض فالمشتري الخيسار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه ، فإن أحب الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة العقد فلا يوجب الفساد في الكل كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداها ، وفيه وجه آخر ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف في الاقالة في بعض المسلم فيه ، وإن قلنا ان الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المفقود عليه لا يوجب فساد الجسيم ويثبت للمشتري خيار انفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) إذا أسلم نصراني إلى نصراني في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه كذلك قال الثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول لانه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المفقود عليه وإن كان المسلم له فقد تعذر عليه ايضا فصار الامر إلى رأس ماله

﴿مسألة﴾ قال (ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفريق)

هذا الشرط السادس وهو أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل العقد وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلفا فأشبهه مالو تأخر إلى آخر المجلس ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف ويفارق المجلس ما بعده بدليل الصرف ، وإن قبض بعده ثم تفرقا فكلام الحنفي يقتضي

لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام لممكنه من دفع ماله نصف حقه ولذلك يجب الدفع من ثمرة نفسه إذا قدر ولم يجد غيرها وليست متعينة فان تعذر البعض فالمشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن وبين أن يصبر إلى حين الامكان ويطالب بحقه ، فإن أحب الفسخ في المتعذر وحده فله ذلك لان الفساد طرأ بعد صحة العقد فلم يوجب الفساد في الكل ويصبر على ما ذكره من الخلاف في الاقالة في بعض المسلم ، وإن قلنا إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المفقود عليه لا يوجب فساد الجسيم ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود كما ذكرنا في الوجه الاول

(فصل) وإذا أسلم ذمي إلى ذمي في خمر ثم أسلم أحدهما فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن المسلم يأخذ دراهمه لانه إن كان المسلم المسلم فليس له استيفاء الخمر فقد تعذر استيفاء المفقود عليه وإن كان الآخر فقد تعذر عليه الايفاء فصار الامر إلى رأس ماله

﴿فصل﴾ (الشرط السادس) أن يقبض رأس مال السلم في مجلس العقد فان تفرقا قبل ذلك بطل ، وبذلك قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يجوز أن يتأخر قبضه يومين وثلاثة وأكثر ما لم يكن ذلك شرطا لانه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن تكون سلفا فأشبهه تأخيره إلى آخر المجلس ولنا أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض كالصرف ، ولا يصح قياسه على المجلس بدليل الصرف ، وإن قبض بعضه ثم تفرقا فكلام الحنفي

أن لا يصح لقوله كاملاً وحكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري ، وقال أبو الخطاب هل يصح في غير المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور : إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصح العقد في الباقي بحصته من الثمن وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلم ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف فإنه يصح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي فأبطل السلم فيما لم يقبض وصححه فيما قبض ، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال يبطل في الحوالة في الكل وفي المسئلة الأخرى يبطل فيما لم يقبض ويصح فيما قبض بتسطة بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وإن قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده ويتبدلان عقداً آخر إن أحبا وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لأن العقد إنما وقع على ثمن سليم فإذا دفع إليه ماليس بسليم كان له المطالبة بالسليم ، ولا يؤثر قبض المبيع في العقد ، وإن تفرقا ثم علم عيه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق ولا يجوز ذلك في السلم (والثاني) لا يبطل لأن القبض الأول كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وهو أجد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البطل في مجلس الرد ، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البطل لم يصح وجهاً واحداً لحلول

بقتضي أن لا يصح - حكي ذلك عن ابن شبرمة والثوري . وقال أبو الخطاب هل يصح في المقبوض ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي ، وقد نص أحمد في رواية ابن منصور إذا أسلمت ثلاثمائة درهم في أصناف شتى مائة في حنطة ومائة في شعير ومائة في شيء آخر فخرج فيها زيوف رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزيوف فصحح العقد في الباقي بحصته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر فيمن أسلف ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه وأحاله بنصفه أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه فحسبه عليه من الألف صح السلم في النصف المقبوض ويبطل في الباقي وحكي عن أبي حنيفة أنه قال يبطل في الحوالة في الكل ، وفي المسئلة الأخرى يبطل فيما لم يقبض وحده بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وإن قبض الثمن فوجده رديئاً فرده والثمن معين بطل العقد برده فإن كان الثمن أحد التقدين وقتلنا تمعين التقود بالتعيين بطل ، ويتبدلان عقداً آخر إن اختاره ، وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ولا يبطل العقد برده لأن العقد إنما وقع على ثمن سليم فإذا دفع إليه مبيعاً كان له ردده والمطالبة بالسليم ، ولم يؤثر قبض المبيع في العقد ، وإن تفرقا ثم علم عيه فرده ففيه وجهان (أحدهما) يبطل العقد برده لوقوع القبض بعد التفرق (والثاني) لا يبطل لأن القبض الأول كان صحيحاً بدليل مالو أمسكه ولم يرده وهذا يدل على المقبوض وهذا قول أبي يوسف ومحمد وأحد قولي الشافعي واختيار المزني لكن من شرطه أن يقبض البطل في مجلس الرد ، فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البطل بطل وجهاً واحداً لحلول العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، فإن وجد بعض الثمن رديئاً فرد

العقد عن قبض الثمن بعد تفرقها ، وإن وجد بعض الثمن ردبثاً فرده في المردود التفصيل الذي ذكرناه وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة (فصل) وإن خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح العقد قال أحمد : إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد لأن المقبوض لا يسلح عرضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضولي ، وإن وجد بعضه مستحقاً بطل في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان بناء على تفريق الصفقة

(فصل) إذا كان له في ذمة رجل دينار فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم منهم مالك والأوزاعي والثوري وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي والشافعي ، وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك وذلك لأن المسلم فيه دين فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك بالإجماع ، ولو قال أسلمت إليك مائة درهم في كراطة طعام وشرطاً أن يعجل له منها خمسين وخمسين إلى أجل لم يصح العقد في الكل على قول الحارثي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان بناء على تفريق الصفقة (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة (والثاني) لا يصح وهو قول الشافعي وهو أصح لأن للمعجل فضلاً على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابلة أكثر مما في مقابلة المؤجل والزيادة مجهولة فلا يصح

(مسئلة) قال (ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل)

في المردود ما ذكرنا من التفصيل ، وهل يصح في غير الرديء . إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة

(فصل) وإن ظهرت الدراهم مستحقة والثمن معين لم يصح . قال أحمد : إذا خرجت الدراهم مسروقة فليس بينهما بيع . وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره بغير إذنه وإن كان غير معين فله المطالبة ببدله في المجلس ، وإن قبضه ثم تفرقا بطل العقد لأن المقبوض لا يسلح عوضاً فقد تفرقا قبل أخذ الثمن إلا على الرواية التي تقول بصحة تصرف الفضول ، أو أن انقود لا تعين بالتعيين ، وإن وجد بعضه مستحقاً بطل العقد فيه ، وفي الباقي على وجهين بناء على تفريق الصفقة (فصل) وإن كان له في ذمة رجل ديناراً فجعله سلماً في طعام إلى أجل لم يصح . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم ، وروي عن ابن عمر أنه قال : لا يصح لذلك وذلك لأن المسلم فيه دين : فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح بالإجماع ، ولو قال أسلمت إليك في كراطة طعام وشرطاً أن يعجل له منها خمسين ويؤجل خمسين لم يصح العقد في الكل في قول الحارثي ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان (أحدهما) يصح وهو قول أبي حنيفة بناء على تفريق الصفقة (والثاني) لا يصح وبه قال الشافعي وهو أصح لأن للمعجل فضلاً على المؤجل فيقتضي أن يكون في مقابله أكثر مما في مقابلة المؤخر والزيادة مجهولة فلا يصح

(مسئلة) (وهل يشترط كونه معلوم القدر والصفة كالمسلم فيه على وجهين)

وجملة ذلك أن هذه الاوصاف الستة التي ذكرناها لا يصح السلم إلا بها وقد دللنا على ذلك واختلقت الرواية في شرطين آخرين (أحدهما) معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم فاذا لم يكن معينا اشترط معرفة صفته كلسلم فيه إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد معين انصرف الاطلاق اليه وقام مقام وصفه . فأما ان كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب لا بد من معرفة وصفه واحتجا بقول احمد يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ويصف الثمن فاعتبر ضبط صفته وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يملك أمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس المسلم فيه ليرد بدله كالقرض والشركة ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقا فيفسخ العقد في قدره فلا يدري في كم بقي وكم انفسخ . فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا التوهم معتبر ههنا لان الاصل عدم الجواز وانما جوز اذا وقع الامن من التردد ولم يوجد ههنا دليل ما اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر المسلم فيه بصنعة أو ميكال معين فانه لا يصح وظاهر كلام الحرفي انه لا يشترط لانه ذكر شرائط السلم ولم يذكره وهو احد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتاج الى معرفة قدره كبيع الاعيان وكلام احمد انما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار اوصافه . ودليلهم ينتقص بعقد الاجارة وانه يفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع اليقين الى معرفة الاوصاف . ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل او الموزون ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الذي يعتبر صفاته لا يجوز أن يحمل رأس مال السلم مالا يمكن ضبط صفاته كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان جعلاه سلما بطل العقد ، ويجب رده ان كان موجوداً وقيمته ان عرفت اذا كان معدوماً

اختلفت الرواية في معرفة صفة الثمن المعين ولا خلاف في اشتراط معرفة صفته اذا كان في الذمة لانه أحد عوضي السلم ، فاذا لم يكن معيناً اشترط معرفة صفته كالأخر إلا أنه اذا أطلق وفي البلد نقد واحد انصرف اليه وقام مقام وصفه ، وإن كان الثمن معينا فقال القاضي وأبو الخطاب يشترط ذلك لان أحمد قال : يقول أسلمت اليك كذا وكذا درهما ونصف الثمن فاعتبر ضبط صفته ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة لانه عقد لا يمكن أمامه في الحال ولا تسليم المعقود عليه ولا يؤمن انفساخه فوجب معرفة رأس مال السلم فيه ليرد بدله كالقرض ، ولانه لا يؤمن أن يظهر بعض الثمن مستحقاً فيفسخ العقد في قدره فلا يعلم في كم بقي وكم انفسخ ؟ فان قيل هذا موهوم والموهومات لا تعتبر . قلنا الوهم هنا معتبر لان الاصل عدم الجواز ، وانما جاز اذا وقع الامن من التردد ولم يوجد ههنا دليل ما اذا أسلم في ثمرة بستان بعينه أو قدر السلم بصنعة بينها وظاهر كلام الحرفي أنه لا يشترط لانه لم يذكره في شروط السلم وهو أحد قولي الشافعي لانه عوض مشاهد فلم يحتاج الى معرفة قدره كبيع الاعيان وكلام أحمد انما تناول غير العين ولا خلاف في اعتبار اوصافه ، ودليلهم ينتقص بعقد الاجارة فانه يفسخ بتلف العين المستأجرة ولا يحتاج مع التمين الى معرفة الاوصاف ، ولان رد مثل الثمن انما يستحق عند فسخ العقد لا من جهة عقده . وجهالة ذلك لا تؤثر كما لو باع المكيل والموزون ، ولان العقد تمت شرائطه فلا يبطل بأمر موهوم فعلى القول الاول لا يجوز أن يحمل رأس مال السلم مالا يمكن ضبطه بالصفة كالجواهر وسائر ما لا يجوز السلم فيه فان فعلا بطل العقد ويرده إن كان موجوداً وإلا رد قيمته ، فان

فان اختلفا فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وهكذا ان حكنا بصحة العقد ثم انفسخ ، وان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في مائة مدي خطة ، وقال الآخر في مائة مدي شعير نحالفا وتفاسخا به قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيها لا يجوز اسلام أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والخرفي منع بيع العروض بعضها ببعض نساء فعلى قوله لا يجوز اسلام بعضها في بعض ، وقال ابن أبي موسى لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا او ورقا ، وقال القاضي وهو ظاهر كلام احمد هنا قال ابن المنذر قيل لا يحد مسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يجبه وعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً ، وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة الا ثمناً فلا تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير ، وهذا مذهب مالك والشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقا فتثبت سلماً كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصيح اسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ما قاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً . فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته نجاء عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه آتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو المثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فحل المحل وهي

اختلفا في القيمة فالقول قول المسلم اليه لانه غارم وكذلك ان حكنا بصحة العقد ثم انفسخ . فان اختلفا في المسلم فيه فقال أحدهما في كذا مدي خطة ، وقال الآخر في كذا مدي شعير نحالفا وتفاسخا به قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي كما لو اختلفا في ثمن المبيع

(فصل) وكل ما لين حرم النساء فيها لا يجوز أن يسلم أحدهما في الآخر لان السلم من شرطه النساء والتأجيل والذي ذكره الخرفي في أنه لا يجوز النساء في العروض وهي احدى الروايتين فعلى هذا لا يجوز اسلام بعضها في بعض . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأس مال السلم الا عينا أو ورقا ، قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد ، قال ابن المنذر قيل لا يحد مسلم ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن؟ فلم يجبه ، فعلى هذا لا يجوز أن يكون المسلم فيه ثمناً وهو قول أبي حنيفة لأنها لا تثبت في الذمة الا ثمناً فلا يجوز أن تكون مثمنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض يجوز أن يكون رأس المال عرضاً كالثمن سواء ويجوز اسلامها في الأثمان ، قال الشريف أبو جعفر يجوز السلم في الدراهم والدنانير وهذا مذهب مالك والشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقا فتثبت في الذمة سلماً كالعروض ولانه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ولا النساء فصيح اسلام أحدهما في الآخر كالعرض في العرض ولا يصح ما قاله أبو حنيفة فانه لو باع دراهم بدنانير صح ولا بد أن يكون أحدهما مثمناً فعلى هذا اذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته نجاء عند الحلول بذلك العرض بعينه لزمه قبوله على أحد الوجهين لانه آتاه بالمسلم فيه على صفته فلزمه قبوله كما لو كان غيره (والثاني) لا يلزمه لانه يفضي الى كون الثمن هو المثمن ، ومن نصر الاول قال هذا لا يصح لان الثمن انما هو في الذمة وهذا عوض

على صفة المسلم فيه فأحضرها فملى أحبا لين أياً (أحدهما) لا يصح لنا ذكرنا ولأنه يفضي إلى أن يكون قد استمتع بها وردّها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ويبطل الأول بما إذا وجد بها عيباً فردّها واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين، وإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يحز وجهاً واحداً لأن الحيل كلها باطلة (الشرط الثاني) اختلف فيه تعيين مكان الأيفاء قال القاضي ليس بشرط وحكام ابن المنذر عن أحمد وأصحاب وطائفة من أهل الحديث، وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الأيفاء فدل على أنه لا يشترط، وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أما من حائط بني فلان فلا ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الأيفاء ولا أنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه ذكر مكان الأيفاء كبيع الأعيان، وقال الثوري يشترط ذكر مكان الأيفاء وهو القول الثاني للشافعي، وقال الأوزاعي هو مكروه لأن القبض يجب بحلولة ولا يعلم موضعه حينئذ فيجب شرطه لئلا يكون مجهولاً، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن كان لعله مؤنة وجب شرطه والأفلا يجب لأنه إذا كان لعله مؤنة اختلف فيه الفرض بخلاف مالا مؤنة فيه، وقال ابن أبي موسى أن كانا في برية لزم ذكر مكان الأيفاء وإن لم يكونا في برية فذكر مكان الأيفاء حسن وإن لم يذكره كان الأيفاء في مكان العقد لأنه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فإذا ترك ذكره كان مجهولاً وإن لم يكونا في برية

عنه، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كيرة فجاء الحبل وهي على صفة المسلم فيه فأحضرها خرج فيها الوجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه يفضي إلى أن يكون قد استمتع بها وردّها خالية عن عقر (والثاني) يجوز لأنه أحضر المسلم فيه على صفته، ويبطل الأول بما إذا وجد بها عيباً فردّها وللشافعي في هاتين المسألتين وجهان كهذين، فإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين أو ليطأ الجارية ثم يردها بغير عوض لم يحز وجهاً واحداً (مسئلة) (وإن أسلم ثمناً واحداً في جنسين لم يحز حتى يبين ثمن كل جنس)

يجوز أن يسلم ديناراً في قفيز حنطة وقفيز شعير فإن لم يبين ثمن الحنطة من الشعير لم يصح وقال مالك يجوز وللشافعي قولان كاللذهيين لأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليها في عقد واحد كبيع الأعيان، ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول، ولأن فيه غرراً لأننا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلم ندر بكم يرجع وهذا غرر يؤثر مثله في السلم، ويمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقد ذكرنا ثم وجباً أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لأنه في معناه، والجواز ههنا أولى لأن العقد ثم إذا انفسخ لا يعلم مقدار ما يرجع به وههنا يرجع بقسطه من رأس مال السلم، ولأنه لو باع عبده وعبد غيره بثمن واحد جاز في أظهر الوجهين وهذا مثله، ولأنه لما جاز أن يسلم في شيء واحداً إلى أجلين ولا يبين ثمن كل منهما ينبغي أن يجوز ههنا. قال ابن أبي موسى: ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كر حنطة إلا أن يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن، والأولى صحة هذا لأنه إذا تعذر بعض السلم رجح بقسطه منها، وإن تعذر

النصف رجح بالنصف، وإن تعذر الخمس رجح بدينار وعشرة دراهم (فصل) قال رحمه الله تعالى (الساج أن يسلم في الذمة، فإن أسلم في عين لم يصح)

اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكفى بذلك عن ذكره فان ذكره كان تأكيداً فكان حسناً فان شرط الايفاء في مكان سواء صح لانه عقد بيع فصح شرط ذكر الايفاء في غير مكانه كبيع الايمان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد ، وذكر ابن ابي موسى رواية اخرى انه لا يصح لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه ، وقال القاضي وابو الخطاب متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد او في غيره لان فيه غرراً لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال واختاره ابو بكر ، وهذا لا يصح قان في تعيين المكان غرضاً ومصلحة لها فأشبه تعيين الزمان وما ذكره من احتمال تعذر التسليم فيه يبطل بتعيين الزمان ثم لا يخلو اما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فاذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ولا يكون ذلك مقتضى العقد فتعين ذكر مكان الايفاء نفياً للجهالة عنه وقطعاً للتنازع فالغرض في تركه لاني ذكره ، وفارق تعيين المكيال فانه لا حاجة اليه ويفوت به علم المقدار المشترك لصحة العقد ويفضي الى التنازع

لانه ربما تلف قبل أو ان تسليمه لم يصح كما لو شرط مكيالاً بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة ، ولان المعلن يمكن بيعه في الحال فلا حاجة الى السلم فيه
(مسئلة) (ولا يشترط ذكر مكان الايفاء)

ذكره القاضي وحكاه ابن المنذر عن أحمد واسحاق وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وهو أحد قولي الشافعي لقول النبي ﷺ «من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» ولم يذكر مكان الايفاء ، ولو كان شرطاً لذكره وفي الحديث الذي فيه أن اليهودي أسلم إلى النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ «أما من حائط بني فلان فلا ، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى» ولم يذكر مكان الايفاء ، ولانه عقد معاوضة أشبه بيع الايمان ، وقال الثوري يشترط وهو القول الثاني للشافعي وقال الأوزاعي هو مكروه لان القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه يومئذ ، وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي إن كان لحمله مؤنة وجب شرطه والا فلا لانه إذا كان لحمله مؤنة اختلف فيه الغرض بخلاف مالا مؤنة فيه

(مسئلة) (الا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه)

فيشترط ذكره لانه متى كانا في برية لم يمكن التسليم في مكان العقد فاذا ترك ذكره كان مجهولاً

(مسئلة) (ويكون الوفاء في موضع العقد)

إذا كانا في مكان يمكن الوفاء فيه اقتضى العقد التسليم في مكانه فاكفى بذلك عن ذكره

(مسئلة) (فان شرط الوفاء فيه كان تأكيداً)

وهو حسن لانه شرط ما يقتضيه العقد أشبه ما لو شرط الحلول في عن المبيع

(مسئلة) (وان شرطه في غيره صح)

لانه بيع فصح شرط الايفاء في غير مكانه كبيع الايمان ولانه شرط ذكر مكان الايفاء فصح كما لو ذكره في مكان العقد (وعنه لا يصح) ذكرها ابن ابي موسى لانه شرط خلاف ما اقتضاه العقد لان العقد يقتضي الايفاء في مكانه ، وقال القاضي وأبو الخطاب : متى ذكر مكان الايفاء ففيه روايتان سواء شرطه في مكان العقد أو في غيره لانه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان فأشبه تعيين المكيال اختاره

(المغني والشرح الكبير) فساد بيع المسلم فيه قبل قبضه وكذا الشركة فيه والتولية والحوالة ٣٤١

وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ويقطع التنازع فالمغني المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لشرط مكان الإيفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسئلة﴾ قال (وبيع المسلم فيه من بائنه أو من غيره قبل قبضه فاسد وكذلك الشركة فيه والتولية والحوالة به علما ما كان أو غيره)

أما بيع المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلم في تحريمه خلافا وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يحز بيعه كالطعام قبل قبضه . وأما الشركة فيه والتولية فلا يجوز أيضا لأنهما بيع على ما ذكرنا من قبل ، وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي عن مالك جواز الشركة والتولية لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية

ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يحز كما لو كانت بلفظ البيع ولأنهما نوعا يبيع فلم يجوزوا في السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والخبر لا نعرفه وهو حجة لنا لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه

أبو بكر ، ولنا أن في تعيين المكان غرضا ومصلحة لما أشبه تعيين الزمان وبهذا يبطل ما ذكره ، ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ألا يكون ذلك مقتضى العقد فتعين ذكر مكان الإيفاء نفيًا للجهالة عنه وقطعًا للتنازع فالغرض في تركه لا في ذكره ، وتعيين المكان يفارق هذا فإنه لا حاجة إليه ويفوت به علم المقدار المشترط لصحة العقد ويفضي إلى التنازع وفي مسألتنا لا يفوت به شرط ، ويقطع التنازع والمغني المانع من التقدير بمكيال بعينه مجهول هو المقتضي لذكر مكان الإيفاء فكيف يصح قياسهم عليه؟

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه ولاهتبه ولا أخذ غيره مكانه ولا الحوالة به) لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه بشر خلاف علمه لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وعن ربح ما لم يضمن ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يحز بيعه كالطعام قبل قبضه وكذلك التولية والشركة وبهذا قال أكثر أهل العلم وحكي جواز الشركة والتولية عن مالك لما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الشركة والتولية وقياسا على الإقالة ، ولنا أنها معاوضة في المسلم فيه قبل القبض فلم يصح كما لو كان بلفظ البيع ولأنها نوعا يبيع فلا يجوز فيه السلم قبل قبضه كالنوع الآخر والحديث لا نعرفه وهو حجة لنا لأنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه والشركة والتولية يبيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيها في الجملة لا في هذا الموضع ، وأما الإقالة فأنها فسخ وليست بيعاً وأما أخذ غيره مكانه فهو أن يأخذ غير المسلم فيه عوضا عن المسلم فيه وذلك حرام سواء كان المسلم فيه موحوداً أو معدوماً وسواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وذكر ابن أبي موسى رواية فيمن أسلم في بر فعده عند الحل فرضي أن يأخذ شعيراً مثله جاز وذلك محمول على أن البر والشعير جنس والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه تجله ولا يؤخره إلا الطعام ، وقال ابن المنذر وقد ثبت أن ابن عباس قال : إذا أسلمت في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلمت فيه وإلا

والشركة والتولية بيع فيدخلان في النهي ويحمل قوله وأرخص في الشركة والتولية على أنه أرخص فيها في الجملة لا في هذا الموضع، وأما الاقالة فاتها فسخ وليست بيعاً، وأما الحوالة به فغير جائزة لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يحز كالبيع، ومعنى الحوالة به أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم فلا يجوز، وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يحز كالبيع، وأما بيع المسلم فيه من بائعه فهو أن يأخذ غير ما سلم فيه عوضاً عن المسلم فيه فهذا حرام سواء كان المسلم فيه موجوداً أو معدوماً سواء كان العرض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل أو أكثر وهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى فيمن سلم في بر فعدمه عند المحل فرضي المسلم بأخذ الشعير مكان البر جاز ولم يحز أكثر من ذلك وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البر والشعير جنس واحد والصحيح في المذهب خلافه وقال مالك يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه يتمجله ولا يؤخره إلا الطعام

نخذ عوضاً أنقص منه ولا تريح مرتين رواه سعيد في سننه. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود وابن ماجه، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع له فلم يحز كيعة لغيره

(فصل) ولا تجوز الحوالة به لأنها إنما تجوز على دين مستقر والسلم بعرض الفسخ فليس بمستقر ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يحز كالبيع، ومعنى الحوالة أن يكون لرجل سلم وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي عنده السلم فلا يجوز وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضاً لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم يحز كالبيع.

(مسئلة) (وبجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس ولا يجوز لغيره) لحديث ابن عمر: كنا نبيع الابل بالبيع بالدنانير وتأخذ عوضها الدراهم والدراهم وتأخذ عوضها الدنانير فسأنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال «لا بأس إذا تفرقا وليس بينكما شيء» فقد دل الحديث على جواز بيع ما في الذمة من أحد التقدين بالآخر وغيره مقاس عليه ودل على اشتراط القبض في المجلس قوله «إذا تفرقا وليس بينكما شيء» وفي ذلك اختلاف ذكرناه في الصرف وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بيعه لمن هو في ذمته كما لا يصح في السلم، والاول أولى فإن اشتراه منه بموصوف في الذمة من غير جنسه جاز ولا يتفرقا قبل القبض لأنه يكون بيع دين بدين، وإن أعطاه معيماً بما يشترط فيه التقابض مثل أن أعطاه عوض الخنطة شعيراً جاز ولم يحز التفرق قبل القبض وإن أعطاه معيماً لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض كما لو قال بمتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك ويحتمل أن لا يجوز لأن المبيع في الذمة فلم يحز التفرق قبل القبض كالسلم

(فصل) وإن باع الدين لغير من هو في ذمته لم يصح، وبه قال أبو حنيفة والثوري وإسحاق قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسبته وإذا أقرضت رجلاً دراهم أو دنانير فلا تأخذ من غيره عوضاً بمالك عليه، وقال الشافعي

قال ابن المنذر وقد ثبت ان ابن عباس قال اذا اسلم في شيء الى اجل فان اخذت ما اسلفت فيه وإلا فخذ عوضاً انقص منه ولا تربح مرتين ، رواه سعيد في سننه

ولنا قول النبي ﷺ « من اسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره » رواه ابو دارود وابن ماجه ، ولان اخذ العوض عن المسلم فيه يبيع فلم يجز كيبيعه من غيره ، فاما ان اعطاء من جنس ما اسلم فيه خيراً منه او دونه في الصفات جاز لان ذلك ليس ببيع إنما هو قضاء للحق مع تفضل من أحدهما . (فصل) فاما الاقالة في المسلم فيه فحائزة لانها فسخ ، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة ، لان الاقالة فسخ للعقد ورفع له من أصله وليست بيعاً . قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني منه على ثمنه جاز وكانت اقالة صحيحة فاما الاقالة في بعض المسلم فيه فالخلاف عن أحمد فيها فروي عنه أنها لا تجوز ورويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبي ليلى واسحاق ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال لا بأس بها وروى ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحيد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي والنعمان وأصحابه وابن المنذر ولان الاقالة مندوب إليها وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء والانظار ، ووجه الرواية الأولى ان السلف في الغالب يزداد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ويخرج عليه الإبراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

ان كان الدين على معسر أو ماطل لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه وان كان على مليء باذل له ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح كما لو اشترى في ذمته ، وبشروط أن يشتري بعين أو يتقابض في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين . ولنا أنه غير قادر على تسليمه فلم يصح كبيع الأبق والطير في الهواء

(مسئلة) ونجوز الاقالة في السلم ونجوز في بعضه في أحد الوجهين اذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الاقالة

الاقالة في السلم جائزة لانها فسخ قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على أن الاقالة في جميع ما اسلم فيه جائزة ، ولان الاقالة فسخ للعقد وقع من أصله وليست بيعاً ، قال القاضي ولو قال لي عندك هذا الطعام صالحني على ثمنه جاز لانه أقاله . فاما الاقالة في بعض السلم فالخلاف الرواية فيها فروي عنه أنها لا تجوز وقد رويت كراهتها عن ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين والنخعي وسعيد بن جبير وربيعة وابن أبي ليلى واسحاق ، وروى حنبل عن أحمد أنه قال : لا بأس بها . روي ذلك عن ابن عباس وعطاء وطاوس ومحمد بن علي وحيد بن عبد الرحمن وعمرو بن دينار والحكم والثوري والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وابن المنذر لان كل معروف جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء والانظار ووجه الرواية الأولى أن السلف في الغالب يزداد فيه في الثمن من أجل التأجيل فاذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي حصلت الاقالة فيه فلم يجز كما لو شرط ذلك في ابتداء العقد ، ويخرج الإبراء والانظار فانه لا يتعلق به شيء من ذلك

(فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً أو مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه فقال الشريف أبو جعفر ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ، وقال القاضي أبو يعلى يجوز أخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لأنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ، ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع إذا فسخ والمسلم فيه مضمون بالعقد وهذا مضمون بعد فسخه والخبر أراد به المسلم فيه فلم يتناول هذا فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان قرضاً أو ثمناً في يوع الأعيان لا يجوز جملة ما في شيء آخر لأنه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأمان البياعات إذا فسخت

(مسألة) قال (وإذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يجوز حتى يبين ثمن كل جنس)

صورة ذلك أن يسلم ديناراً واحداً في قفيز خبطة وقفيز شعير ولا يبين ثمن الخبطة من الدينار ولا ثمن الشعير فلا يصح ذلك وجوزه مالك ، وللشافعي قولان كالذهيين واحتجوا بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين جاز عليهما في عقد واحد كيوع الأعيان وكما لو بين ثمن أحدهما . ولنا أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول ولأن فيه غرراً ألا تات لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما فلا يعرف بم يرجع وهذا غرر اثر مثله في السلم . وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن وقدره . وقد ذكرنا ثم وجهاً آخر أنه لا يشترط فيخرج ههنا مثله لأنه في معناه ولا نلما جاز أن

(فصل) وإذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً والا رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً ويشترط رده في المجلس كما يشترط في السلم

(مسألة) (وان انفسخ العقد باقالة أو غيرها لم يجوز أن يأخذ من الثمن عوضاً من غير جنسه) متى أراد أن يعطيه عوضاً عن الثمن فقال الشريف أبو جعفر لا يجوز له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه ، وبه قال أبو حنيفة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجوز التصرف فيه قبل قبضه كما لو كان في يد المشتري ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم فلم يجوز أخذ عوضه كالسلم فيه ، وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه وهو قول الشافعي لأنه عوض مستقر في الذمة فجاز أخذ العوض عنه كما لو كان قرضاً ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد فجاز أخذ العوض عنه كالثمن في المبيع ، والفرق بين المسلم فيه والثمن أن المسلم فيه مضمون بالعقد والثمن مضمون بعد فسخه والخبر أراد به المسلم فيه فإن قلنا بهذا فحكمه حكم ما لو كان في قرض أو ثمناً في يوع الأعيان لا يجوز أن يجعل سلماً في شيء آخر لأنه بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في القرض وأمان البياعات إذا فسخت وبأخذ أحد التقدين عن الآخر ويقبضه في مجلس الاقالة لأنه صرف

(مسألة) (وإذا كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه فقال لفرعه أقبض سلمي لنفسك لم يصح قبضه لنفسه) لأن قبضه لنفسه حوالة به والحوالة بالسلم لا تجوز وهل يقطع قبضه للأمر؟ على روايتين (إحداها)

يسلم في شيء واحد إلى أجلين ولا يبين ثمن كل واحد منهما كذا ههنا ، قال ابن أبي موسى ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما في كره حنيفة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والاولى صحة هذا لانه اذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منها ان تعذر النصف رجع بنصفها ، وإن تعذر الخمس رجع بدينار وعشرة دراهم

(مسئلة) قال (واذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة بجائز)

قال الاثرم قات لأبي عبد الله : الرجل يدفع إلى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً فقال على معنى السلم اذا ؟ فقلت نعم قال لا بأس ثم قال مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلا من لحم قد وصفه . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي اذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين فيه قولان (أحدهما) لا يصح لأن ما يقابل أبدهما أجلا أقل مما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجوز ، ولنا ان كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين وأجال كيوع الاعيان فاذا قبض البعض وتعذر قبض الباقي ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجمل للباقي فضلا عن المقبوض لانه مبيع واحد مماثل الاجزاء فيقسط الثمن على اجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله

(مسئلة) قال (واذا لم يكن السلم فيه كالحديد والرصاص وما لا يفسد ولا يختلف قديمه)

وحديثه لم يكن عليه قبضه قبل محله

يعني بالسلم المسلم فيه سمي باسم المصدر كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا ، قال ابراهيم خذ سلمك أو دون سلمك ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يحضره في محله فيلزمه قبوله لانه أنه بحقه في محله فلزمه قبوله كالمبيع المعين وسواء كان عليه في قبضه ضرر أو لم يكن فان أبي قيل له إما أن تقبض حقه وأما ان تبريء منه فان امتنع قبضه الحاكم من المسلم اليه للمسلم وبرئت ذمته منه لان الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته وليس له أن يبريء لانه لا يملك الإبراء

يصح لانه أذن له في القبض فأشبه قبض وكيله وكما لو نوى المأمور القبض للآخر (والثانية) لا يصح لانه لم يجعله نائباً في القبض فلم يقع بخلاف الوكيل فصار كالتفاض بغير إذن فاذا قلنا لا يصح القبض بقي على ملك المسلم اليه ، ولو قال الاول للثاني احضر اكتبالي منه لا قبضه لك ففعل لم يصح قبضه للثاني وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين (أولاهما) أنه يكون قابضاً لنفسه لان قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه كما لو نوى القبض لنفسه فعلى هذا اذا قبضه للآخر صح

(مسئلة) (وان قال أقبضه لي ثم أقبضه لنفسك صح لانه استأجره في قبضه له فصح كالموكل لم يقل ثم أقبضه لنفسك واذا وقع القبض للآخر ملكه وقبضه ثانية فجاز ان يقبضه لنفسه كما لو كان في يده غيره وكذلك ان قال الآخر احضرنا حتى أكتاله لنفسه ثم تكتاله أنت صح)

(مسئلة) وان قال أنا أقبضه لنفسه وحده بالكيل الذي يشاهده جاز في احدي

(الحال الثاني) أن يأتي به قبل محله فينظر فيه فإن كان مما في قبضه قبل محله ضرراً ما لكونه مما يتغير كالأفكة والأطعمة كلها أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب ونحوها لم يلزم المسلم قبوله لأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله أو أطعمته في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان لأنه لا يامن تلقه ويحتاج إلى الاتفاق عليه إلى ذلك الوقت وربما يحتاج إليه في ذلك الوقت دون ما قبله وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة كالقطن ونحوه أو كان الوقت مخوفاً يخشى هب ما يقبضه فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها لأن عليه ضرراً في قبضه ولم يأت محل استحقاقه له فجري مجرى نقص صفة فيه ، وإن كان مما لا ضرر في قبضه بأن يكون لا يتغير كالحديد والرصاص والنحاس فإنه يستوي قديمه وحديثه ونحو ذلك الزيت والعسل ولا في قبضه ضرر الخوف ولا تحمل مؤنة فعليه قبضه لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجل المنفعة فجري مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل (الحال الثالث) أن يحضره بعد محل الوجوب فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقها

(فصل) ولا يخلو أما أن يحضر المسلم فيه على صفته أو دونها أو أجود منها فإن أحضره على صفته لزم قبوله لأنه حقه وإن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله لأن فيه إسقاط حقه فإن تراضيا على ذلك وكان من جنسه جاز وإن كان من غير جنسه لم يجز لما تقدم ، وإن اتفقا على أن يعطيه دون حقه ويزيده شيئاً لم يجز لأنه أفرد صفة الجودة بالمبيع وذلك لا يجوز ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز فبيع وحقه أولى (الثالث) أن يحضره أجود من الموصوف فينظر فيه فإن أتاها به من نوعه لزمه قبوله لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له فينفعه ولا يضره إذ لا يفوته غرض فإن أتى به من نوع آخر لم يلزمه قبوله لأن العقد تناول ما وصفاء على الصفة التي شرطها وقد فات بعض الصفات فإن النوع صفة وقد فات فأشبهه ما لو فات غيره من الصفات ، وقال القاضي يلزمه قبوله لأنها جنس واحد يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فأشبهه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع . والاول أجود لأن أحدهما يصلح مالا يصلح له الآخر فإذا فوته عليه فوته عليه الغرض المتعلق به فلم يلزمه قبوله كما لو فوت عليه صفة

الروايتين لأنه علمه وشهد كيده والثانية لا يجوز ، وهو مذهب الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولم يوجد ذلك ولأنه قبضه بغير كيل أشبه ما لو قبضه جزافاً

(مسئلة) وإن اكتاله وتركه في المكيان وسلمه إلى غريمه فقبضه صح القبض لهما لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه فلا معنى لا ابتداء الكيل ههنا لأنه لا يحصل به زيادة علم ، وقال الشافعي لا يصح للحديث الذي ذكرنا في المسألة قبلها وهذا يمكن القول بموجبه لأن قبض المشتري له جري لصاعه فيه (فصل) وإن دفع زيد إلى عمرو دراهم فقال اشتراك بها مثل الطعام الذي لك علي ففعل لم يصح لأن دراهم زيد لا تكون عوضاً لعمرو فإن اشترى الطعام بعينها أو في ذمته فهو كتصرف الفضولي ، وإن قال اشتري بها طعاماً ثم أقبضه لنفسك ففعل صح الشراء ولم يصح القبض لنفسه على ما تقدم في مثل هذه الصورة وإن قال أقبضه لي ثم أقبضه لنفسك ففعل نص عليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً من نفسه لنفسه

ولأنه لا يجوز أن يشتري من مال ولده ويبيعه ويقبض لنفسه من نفسه ولولده من نفسه وكذلك

الجودة وهذا مذهب الشافعي . فان تراضيا على اخذ النوع بدلا عن النوع الآخر جاز لانها جنس واحد لا يجوز بيع احدهما بالآخر منفاضلا ويضم احدهما الى الآخر في الزكاة فجاز اخذ احدهما عن الآخر كالتنويع الواحد ، وقال بعض اصحاب الشافعي لا يجوز له اخذه للمعنى الذي من لزوم اخذه ، وقال ابراهيم لا تأخذ فوق سلك في كيل ولا صفة . ولما انها تراضيا على دفع المسام فيه من جنسه فجاز كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الحيد او الحيد مكان الرديء . وهذا ينتقض ما ذكرناه لا يلزم أخذ الرديء ويجوز اخذه ولان المسام استقط حقه من النوع فام يبق بينهما الا صفة الجودة وقد سمح بها صاحبها

(فصل) اذا جاءه بالاجود فقال خذه وزدني درهما لم يصح ، وقال أبو حنيفة يصح كالمواسم في عشرة فجاءه بأحد عشر ، ولما أن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالقد كالأوكان مكبلا أو موزونا فان جاءه بزيادة في القدر فقال خذه وزدني درهما فقد لا صح لان الزيادة هنا يجوز أفرادها بالقد (فصل) وليس له إلا أقل ما تقرر عليه الصفة لانه إذا اسام اليه ذلك فقد سام اليه ما تناوله العقد فبرئت ذمته منه ، وعليه ان يسام اليه الحنطة نقية من التبن والقصل والشعير ونحوه مما لا يتناوله اسم الحنطة وان كان فيه تراب كثير يأخذ موضعاً من المكيال لم يجز وان كان سيرا لا يؤثر في المكيال ولا يعيبها لزمه أخذه . ولا يلزمه أخذ التمر الا جافا ولا يلزم أن يتأخر حفافه لانه يقع عليه الاسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيياً بحال . ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيياً فله المطالبة بالبدل أو الارش كالميسر سواء (فصل) ولا يقبض المكيل الا بالكيل ولا الموزون الا بالوزن ولا يقبض جزافا ، ولا بغير ما يقدر به لان الكيل والوزن مختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا فيقدره بما أسلم فيه ويأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالعوض وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره؟ على وجهين مضى ذكرهما في بيع الاعيان ، وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع منعه قال القاضي ويسلم اليه ملء المكيال وما يحمله ولا يكون مسحاً ولا يدق ولا يهرز لان قوله أسلمت اليك في قبض يقتضي ما يسهه المكيال وما يحمله وهو ما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يجوز أن يأخذ رهنا ولا كفيلاً من المسلم اليه)

لو وهب ولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ويقبض منها فكذا هنا (مسئلة) (وان قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله في قدره) لا يقبض ما أسلم فيه كيلاً الا بالكيل ولا وزناً الا بالوزن ولا بغير ما قدر به وقت العقد لان الكيل والوزن مختلفان فان قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ومتى قبضه جزافا فانه يأخذ قدر حقه ويرد الباقي ويطالب بالنقص إن نقص وهل له أن يتصرف في قدر حقه منه قبل أن يعتبره على وجهين مضى ذكرهما في كتاب البيع وان اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع منعه لانه أعلم بكيله ولانه منكر لازائد والقول قول المنكر (مسئلة) (وان قبضه كيلاً أو وزناً ثم ادعى غلطاً لم يقبل قوله في أحد الوجهين) لان الاصل عدم الغلط والآخر يقبل لانه أعلم بكيل ما قبض يعني اذا كاله فوجده ناقصاً . (مسئلة) (وهل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه؟ على روايتين)

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو اختيار الحرقى وأبي بكر، ورويت كراهة ذلك عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي، وروى حنبل جوازه ورخص فيه عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين) إلى قوله (فرهان مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولأن اللفظ عام فدخل السلم في عمومه ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الأعيان، ووجه الأول أن الرهن والضمين أن أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ماله إلى الوجوب لأن ذلك قد ملكه المسلم إليه، وإن أخذ بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من الرهن، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولأن ذمة الضامن ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه، وقد قال النبي ﷺ «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبذل عنه وهذا لا يجوز

(فصل) فإن أخذ رهنا أو ضميناً بالمسلم فيه ثم تقابلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن، وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بعوض. ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهناً ثم صالحه من الألف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة، ويشترط قبضه في

اختلفت الرواية في الرهن والضمين في السلم فروى المروذي وابن القاسم وأبو طالب منع ذلك وهو الذي ذكره الحرقى واختاره أبو بكر ورويت كراهته عن علي وابن عمر وابن عباس والحسن وسعيد بن جبير والاوزاعي، وروى حنبل جوازه وهو قول عطاء ومجاهد وعمرو بن دينار والحكم ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وابن المنذر لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين) إلى قوله (مقبوضة) وقد روي عن ابن عباس وابن عمر أن المراد به السلم ولأن اللفظ عام فدخل فيه السلم ولأنه أحد نوعي البيع فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه كبيع الأعيان. ووجه الأول أن الرهن والضمين أن أخذ برأس مال السلم فقد أخذ بما ليس بواجب ولا ماله إلى الوجوب لأن المسلم إليه قد ملكه وإن أخذ بالمسلم فيه فالرهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من الرهن والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ولا من ذمة الضامن ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره» رواه أبو داود ولأنه يقيم ما في ذمة الضامن مقام ما في ذمة المضمون عنه فيكون في حكم أخذ العوض والبذل عنه ولا يجوز ذلك

(فصل) فإن أخذ رهنا أو ضميناً بالمسلم فيه ثم تقابلا السلم أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه بطل الرهن لزوال الدين الذي به الرهن وبريء الضامن وعلى المسلم إليه رد رأس مال السلم في الحال ولا يشترط قبضه في المجلس لأنه ليس بعوض، ولو أقرضه ألفاً وأخذ به رهناً ثم صالحه من الألف على طعام معلوم في ذمته صح وزال الرهن لزوال دينه من الذمة وبقي الطعام في الذمة ويشترط قبضه في المجلس

المجلس كيلا يكون بيع دين بدين ، فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجم الالف الى ذمته برهنه لانه يهود على ما كان عليه كالمصير اذا تخمر ثم عاد خلا وهكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم مثل ما بينا في هذه المسئلة

(فصل) واذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منها وأيهما قضاء برئت ذمتها منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا . وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء ، فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ماسلطة المسلم اليه في التصرف فيه وان أتلفه فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك ، وان صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لان هذا إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه ، وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه يبيع المسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح اخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض وارش الجنائيات وقيم المتلفات ، ولا يجوز اخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ماله الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولا يعلم افضاؤها الى الوجوب فانهم لو جنوا أو افتقروا أو ماتوا لم تجب عليهم فلا يصح اخذ الرهن بها ، فأما بعد الحول فيجوز اخذ الرهن بها لانها قد استقرت في ذمتهم ، ويحتمل جواز اخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل ، ولا يجوز اخذ الرهن بالجل في الجمالة

كيلا يكون بيع دين بدين فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح ورجم الالف الى ذمته برهنه لانه يعود الى ما كان عليه كالمصير اذا تخمر ثم عاد خلا . وكذا لو صالحه عن الدراهم بدنانير في ذمته فالحكم على ما بينا في هذه المسألة

(فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم فلصاحب الحق مطالبة من شاء منها وأيهما قضاء برئت ذمتها منه فان سلم المسلم اليه المسلم فيه الى الضامن ليدفعه الى المسلم جاز وكان وكيلا وان قال خذه عن الذي ضمنت عني لم يصح وكان قبضاً فاسداً مضموناً عليه لانه انما استحق الاخذ بعد الوفاء فان أوصله الى المسلم بريء بذلك لانه سلم اليه ما سلطه المسلم اليه في التصرف فيه وان تلف فعليه ضمانه لانه قبضه على ذلك وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح لانه إقالة فلا يصح من غير المسلم اليه وان صالحه المسلم اليه بثمنه صح وبرئت ذمته وذمة الضامن لان هذا إقالة ، وان صالحه على غير ثمنه لم يصح لانه يبيع للمسلم فيه قبل القبض

(فصل) والذي يصح اخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة يصح استيفاؤه من الرهن كأثمان البياعات والاجرة في الاجارات والمهر وعوض الخلع والقرض واروش الجنائيات وقيم المتلفات ، ولا يجوز اخذ الرهن بما ليس بواجب ولا ما ماله الى الوجوب كالدية على العاقلة قبل الحول لانها لم تجب بعد ولم يعلم افضاؤها الى الوجوب لانها قد تسقط بالجنون أو الفقر أو الموت فلم يصح اخذ الرهن بها ويحتمل جواز اخذ الرهن بها قبل الحول لان الاصل بقاء الحياة واليسار والعقل . فأما بعد الحول فيجوز اخذ الرهن بها لانها قد استقرت . ولا يجوز اخذ الرهن بالجل في الجمالة قبل العمل لانه

قبل العمل لانه لم يجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضي يحتمل أخذ الرهن به لان مآله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات ، والاولى أولى لان إفضاءها إلى الوجوب محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيل نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لأنها جمالة ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير الخرج وهذا غير معلوم ولا مضمون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جمالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها . وقال القاضي ان لم يكن فيها محال فهي جمالة وان كان فيها محال فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجمل ليس هو في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لا فائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المحال فمع وجوده أولى لان مستحق الجمل هو السابق وهو غير معين ولا يجوز استئجار رجل غير معين . ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن فلم يجوز أخذ الرهن به كالجمل في رد الآبق واللقطة ، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاحرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الاحارة إذا كان منافع معينة مثل إجارة الدار والعبد المعين والجمل المعين مدة معلومة أو حمل شيء معين الى مكان معلوم لان

لم يجب ولا يعلم إفضاؤه الى الوجوب ويحتمل حواز أخذ الرهن به ذكره القاضي لان مآله إلى الوجوب واللزوم فأشبهت أثمان البياعات والاولى أولى لان إفضاءها محتمل فأشبهت الدية قبل الحول ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل لانه قد وجب ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة لانه غير لازم فان للعبد تعجيل نفسه ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن لانه لو عجز صار الرهن للسيد لانه من جملة مال المكاتب وقال أبو حنيفة يجوز

ولنا أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها فلم يصح كضمان الخمر ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة لانها جمالة لا يعلم إفضاؤها الى الوجوب لان الوجوب انما يثبت بسبق غير الخرج وهو غير معلوم ولا مضمون ، وقال بعض أصحابنا فيها وجهان هل هي إجارة أو جمالة ؟ فان قلنا هي إجارة جاز أخذ الرهن بعوضها وقال القاضي ان لم يكن فيها محال فهي جمالة وان كان فيها محال فعلى وجهين وهذا كله بعيد لان الجمل ليس في مقابلة العمل بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا وقد عمل العمل وانما هو عوض عن السبق ولا تعلم القدرة عليه ولانه لا فائدة للجاعل فيه ولا هو مراد له ، وإذا لم يكن إجارة مع عدم المحال فمع وجوده أولى لان مستحق الجمل هو السابق وهو غير معين فلا يجوز استئجار رجل غير معين ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في الحال ولا يعلم إفضاؤها الى الوجوب ولا يظن فلم يجوز أخذ الرهن به كالجمل في رد الآبق ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة كالثمن المعين والاحرة المعينة في الإجارة والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة كإجارة الدار والعبد المعين والداية المعينة مدة معلومة أو حمل شيء معين الى مكان معلوم لان هذا حق تعاقق بالمعين لا بالذمة

هذا حق تعلق بالدين لا بالذمة ولا يمكن استيفاؤه أحق من الرهن لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين ، وان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار جاز أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالنصوب والعواري والمقبوض ببيع فاسد والمقبوض على وجه السوم ففيها وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لأن الحق غير ثابت في الذمة فأشبه ما ذكرنا ولأنه ان رهنه على قيمتها اذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وان أخذ الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أمان البياعات المتينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها وان تعذر أدائها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء . عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدونها وفي ضمانها روايتان . وما لم يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه اذا باع عبده بألف ودفع رهنًا يساوي ألفًا فكانه ما قبض

ولا يمكن استيفاؤه من الرهن لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها وتبطل الاجارة بتلف العين فأما ان وقعت الاجارة على منفعة في الذمة كخياطة ثوب وبناء دار أخذ الرهن به لانه ثابت في الذمة ويمكن استيفاؤه من الرهن بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل فجاز أخذ الرهن به كالدين ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا

(فصل) فأما الاعيان المضمونة كالنصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الرهن بها وهو مذهب الشافعي لأن الحق غير ثابت في الذمة أشبه ما ذكرنا ، ولأنه ان رهنه على قيمتها إذا تلفت فهو رهن على ما ليس بواجب ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وان كان الرهن على عينها لم يصح لانه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن فأشبه أمان البياعات المتينة (والثاني) يصح أخذ الرهن بها وهو مذهب أبي حنيفة وقال كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها يريد ما يضمن بمثله أو قيمته كالبيع يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفساد العقد، ولأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق وهذا حاصل فان الرهن بهذه الاعيان يحمل الراهن على أدائها ، وان تعذر أدائها استوفى بدلها من ثمن الرهن فأشبهت الدين في الذمة

(فصل) قال القاضي كل ما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به وما لم يجز الرهن به لم يجز أخذ الضمين به إلا ثلاثة أشياء . عهدة المبيع يصح ضمانها ولا يصح الرهن بها . والكتابة لا يصح الرهن بدونها ويصح ضمانها في إحدى الروايتين . وما لا يجب لا يصح الرهن به ويصح ضمانه والفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الرهن بهذه الاشياء يبطل الارفاق فانه إذا باع عبده بألف ودفع رهنًا يساوي

التمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن او بقاء الكتابة ويستريح من تعطيل منافع عبده والضمان بخلاف هذا (الثاني) أن ضرر الرهن بعم لانه يدوم بقاءه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) إذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك ، وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك، وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب دعواه قدمت أيضاً بينته لانه مثبتة والاخرى نافية

باب القرض

والقرض نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع أما السنة فروى أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع اليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجديها الا خياراً رباعياً فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أمري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟

الفا فكانه ما قبض الثمن ولا ارتفق به والمكاتب اذا دفع ما يساوي كتابته فارتفق بالاجل لانه كان يمكنه بيع الرهن وبقاء الكتابة ويستريح والضمان بخلاف هذا (والثاني) أن ضرر الرهن بعم لانه يدوم بقاءه عند المشتري فيمنع البائع التصرف فيه والضمان بخلافه

(فصل) وإذا اختلف المسلم والمسلم اليه في حلول الاجل فالقول قول المسلم اليه لانه منكر ، وان اختلفا في أداء المسلم فيه فالقول قول المسلم لذلك وان اختلفا في قبض الثمن فالقول قول المسلم اليه لذلك وان اتفقا عليه وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق . وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعي القبض في المجلس لان معه سلامة العقد . وان أقام كل واحد بينة بما ادعاه قدمت أيضاً بينته لانه مثبتة بخلاف الاخرى .

باب القرض

وهو نوع من السلف وهو جائز بالسنة والاجماع ، أما السنة فروى أبو رافع أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة فقدمت على النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكرة فرجع اليه أبو رافع فقال يا رسول الله لم أجديها الا خياراً رباعياً ، فقال « أعطه فان خير الناس أحسنهم قضاء » رواه مسلم ، وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين الا كان كصدقة مرة » وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رأيت ليلة أمري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر فقلت يا جبريل ما بال القرض أفضل

قال لان السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض الا من حاجة « رواها ابن ماجه ، واجمع المسلمون على جواز القرض

(فصل) والقرض مندوب اليه في حق المقرض مباح للمقرض لما رويانا من الاحاديث ولما روى أبوهريرة أن النبي ﷺ قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه » وعن أبي الدرداء أنه قال لان أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضها أحب إلي من أن أتصدق بها . ولان فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء حاجته وعونا له فكان مندوبا اليه كالصدقة عليه وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل القرض فلم يقرض وذلك لانه من المعروف فأشبه صدقة التطوع وليس بمكروه في حق المقرض قال أحمد: ليس القرض من المسئلة يعني ليس بمكروه وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يستقرض بدليل حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه، ولانه إنما يأخذ بموضه فأشبهه الثراء بدين في ذمته قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يعني ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم من يسأله القرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا أن يكون الشيء اليسير الذي لا يتعذر رد مثله قال أحمد . اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجني ، وقال : ما أحب أن يقرض بجاهه لآخوانه قال القاضي يعني اذا كان من يقرض له غير معروف بالوفاء لكونه تفريرا بأمال المقرض واضراراً به اما اذا كان معروفاً بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح إلا من جائز التصرف لانه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الإيجاب والقبول حكم البيع على ما مضى ، ويصح بلفظ الساف والقرض لورود

من الصدقة ؟ قال « لان السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » رواها ابن ماجه وأجمع المسلمون على جواز القرض ،

(مسألة) (وهو من المرافق المندوب اليها في حق المقرض)

لما رويانا من الاحاديث ولما روي عن أبي الدرداء أنه قال : لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضها أحب إلي من أن أتصدق بها . ولان فيه تفريجا عن أخيه المسلم وقضاء حاجته فكان مندوبا اليه كالصدقة وليس بواجب قال أحمد لا إثم على من سئل فلم يقرض وذلك لانه من المعروف أشبه صدقة التطوع وهو مباح للمقرض وليس مكروها . قال أحمد ليس القرض من المسئلة يريد أنه لا يكره لان النبي ﷺ كان يستقرض وقد ذكرنا حديث أبي رافع ولو كان مكروها كان أبعد الناس منه ، قال ابن أبي موسى لا أحب أن يتحمل بأمانته ما ليس عنده يريد ما لا يقدر على وفائه، ومن أراد أن يستقرض فليعلم المقرض بحاله ولا يغره من نفسه إلا الشيء اليسير الذي لا يتعذر مثله ، وقال أحمد اذا اقترض لغيره ولم يعلمه بحاله لم يعجني وقال ما أحب أن يقرض بجاهه لآخوانه ، قال القاضي : اذا كان من يقرض له غير معروف بالوفاء لكونه تفريرا بأمال المقرض واضراراً به ، وأما اذا كان معروفاً بالوفاء لم يكره لكونه إعانة له وتفريجا لكربته

(فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف كالبيع وحكمه في الإيجاب والقبول على ما مضى ويصح بلفظ العلم والقرض لورود الشرع بهما وبكل لفظ يؤدي معناها نحو قوله ملكتك هذا على أن ترد

الشرع بهما ، وبكل لفظ يؤدي معناها مثل أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علي بدله أو توجد قرينة دالة على إرادة القرض فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل ولا وجد ما يدل عليه فهو هبة فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه لأن التملك من غير عوض هبة

(فصل) ولا يثبت فيه خيار مالان المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره فأشبه الهبة والمقرض متى شاء رده فيستغني بذلك عن ثبوت الخيار له ، ويثبت الملك في القرض بالقبض وهو عقد لازم في حق المقرض جائز في حق المقرض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجوداً كالمقصود والعارية

ولما أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ، وبفارق المقصود والعارية فإنه لم يزل ملكه عنها ولأنه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودها ، وفي مسئلتنا بخلافه ، فأما المقرض فله رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب لأنه على صفة حقه فلزمه قبوله كالسلم فيه وكما لو أعطاه غيره ، ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول ما ليس بمثلي لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالبيع

(فصل) وللمقرض المطالبة ببده في الحال لأنه سبب بوجوب رد المثل في المثليات فأوجبه حالا كالاتلاف ، ولو اقترضه تفريقاً ثم طالبه بها جملة فله ذلك لأن الجميع حال فأشبهه ماله ببيعة يوعا حالة ثم طالبه بشئها جملة ، وإن أجل القرض لم يتأجل وكان حالا وكل دين حل أجله لم يصح مؤجلاً بتأجيله وبهذا قال الحارث العكلي والاوزاعي وابن المنذر والشافعي وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فلما كان الزيادة فيه كخيار المجلس وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا ، وفي ثمن المبيع والاجرة والصدقة وعوض الخلع كقولها لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقيّة الاعراض تجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها . ولنا أن الحق يثبت حالا والتأجيل تبرع منه ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً ، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ، ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به مما اختلفا فيه لأنه مثله . ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا ، وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجزيء فيه القبض لما يشترط قبضه والتعين لما في الذمة

علي بدله أو توجد قرينة دالة على إرادته وإن لم يذكر البدل ولم توجد قرينة فهو هبة . فإن اختلفا فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه لأن التملك من غير عوض هبة ولا يثبت فيه خيار لأن المقرض دخل على بصيرة أن الحظ لغيره والمقرض متى شاء رده وذلك يقنيه عن ثبوت الخيار

(مسئلة) (ويصح في كل عين يجوز بيعها إلا بني آدم والجواهر ونحوها مما لا يصح السلم

فيه في أحد الوجهين فيها)

يجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف ، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقرار ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة

(فصل) ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والاطعمة جائز ، ويجوز قرض كل ما يثبت في الذمة سلماً سوى بني آدم ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض غير المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالملك والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فإن عند أبي حنيفة لو أئلف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز قرضها لأن القرض يقتضي رد المثل وهذه لا مثل لها ، ولأنه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبت في الذمة سلماً فوجب إبقاؤها على المنع ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فإذا قلنا الواجب رد المثل لم يجوز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر رد مثله ، وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لا مكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهية تنزيهه ، ويصح قرضهم وهو قول ابن حريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلماً فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم فلا يصح قرضهم . اختاره القاضي لانه لم ينقل قرضهم ولا هو من المرافق ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لأن الملك بالقرض ضعيف فإنه لا يمنع من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالملك في مدة الخيار ، وإذا لم يسح

سلماً غير بني آدم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض المكيل والموزون لانه لا مثل له أشبه الجواهر . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً وليس بمكيل ولا موزون ، ولأن ما يثبت سلماً يملك بالبيع ويضبط بالوصف فجاز قرضه كالملك والموزون ، وقولهم لا مثل له خلاف أصلهم فإن عند أبي حنيفة لو أئلف ثوباً ثبت في ذمته مثله ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته ، فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً كالجواهر وشبهها فقال القاضي يجوز قرضها ويرد المستقرض القيمة لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة والجواهر كغيرها في القيم ، وقال أبو الخطاب لا يجوز لأن القرض يقتضي رد المثل وليس لها مثل ، ولأنه لم ينقل قرضها ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه لكونها ليست من المرافق ولا تثبت في الذمة سلماً فيجب إبقاؤها على المنع ، ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون ، فإذا قلنا يجب رد المثل لم يجوز قرض الجواهر ولا ما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر رد مثله ، وإن قلنا الواجب رد القيمة جاز قرضه لا مكان رد القيمة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

(فصل) فأما بنو آدم فقال أحمد أكره قرضهم فيحتمل كراهة التنزيه ويصح قرضهم وهو قول ابن جريج والمزني لانه مال يثبت في الذمة سلماً فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل صحة قرض العبيد دون الاماء وهو قول مالك والشافعي إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن لأن الملك بالقرض

الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولأن الابضاع مما يحتاط لها ، ولو أجبنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ثم يردّها من يومه ، ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يردّه . ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والاماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقرض ردها ممنوع فإنا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقرض رد الامة وأما يرد قيمتها ، وإن سلمنا ذلك لكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كالمو اشتري أمة ليطأها ثم يردّها بالمقابلة أو بيع فيها ، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كالمو وقع ذلك في البيع ، وكالمو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجوّاري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء ، بل ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز (فصل) وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يحجز لأن القرض فيها يوجب رد المثل فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يحجز لذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يحجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم في مثل ذلك ، وقال الامام أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مساة فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وإن كان غير محدود كرهته ، فكرهه اذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكنه رد مثله ، وإن كانت الدراهم يتعامل بها عدداً

ضعيف فانه لا يمنعها من ردها على المقرض فلا يستباح به الوطء كالم ملك في مدة الخيار ، وإذا لم يبيح الوطء لم يصح القرض لعدم القائل بالفرق ، ولأن الابضاع مما يحتاط لها ، ولو أجبنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ثم يردّها من يومه ومتى احتاج الى وطئها استقرضها فوطئها ثم ردها كما يستعير المتاع فينتفع به ثم يردّه .

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبد والامة كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك فانه مطلق كسائر التصرفات بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم متى شاء المقرض ردها ممنوع فإنا اذا قلنا الواجب رد القيمة لا يملك المقرض رد الامة وإنما يرد قيمتها وإن سلمنا ذلك ، لكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردّها بالمقابلة أو بيع فيها وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك في البيع وكالمو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها ثم ردها بعينها عند حلول الاجل ، ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح الوطء لم يمنع منه في الجوّاري كالبيع في مدة الخيار وعدم القائل بالفرق ليس بشيء ، بل ما عرف في مواضعه وعدم نقله ليس بحجة فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها وهو جائز .

(فصل) ولو اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن لم يحجز لأن القرض فيها يوجب رد المثل فإذا لم يعرف القدر لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا لم يحجز كذلك ولو قدره بمكيال بعينه أو صنجة بعينها غير معروفين عند العامة لم يحجز لانه لا يأمن تلف ذلك فيتعذر رد المثل فأشبه السلم وقد قال أحمد في ماء بين قوم لهم نوب في أيام مساة فاحتاج بعضهم الى أن يستقي في غير نوبته

فاستقرض عدداً رد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي ، واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً لانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبهه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً فرد وزناً

(فصل) ويجب رد المثل في المسكيل والموزون لا نعلم فيه خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وان للسلف أخذ ذلك ولان المسكيل والموزون يضمن في الغصب والاتلاف بمثله فكذا ههنا ، فأما غير المسكيل والموزون ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته يوم القرض لانه لا مثل له فيضمنه بقيمته كحال

فاستقرض من نوبة غيره يريد عليه بدله في يوم نوبته فلا بأس وان كان غير محدود كرهته فكرهه إذا لم يكن محدوداً لانه لا يمكن رد مثله وان كانت الدراهم يتعامل بها عدداً جاز قرضها عدداً ويرد عدداً وان استقرض وزناً رد وزناً ، وهذا قول الحسن وابن سيرين والاوزاعي واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً وأعطاه بالبصرة عدداً ولانه وفاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس فأشبهه ما لو كانوا يتعاملون بالوزن فاقترض وزناً ورد وزناً

﴿مسئلة﴾ (ويثبت الملك فيه بالقبض) لانه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك عليه كالهبة (مسئلة) (ولا يملك المقرض استرجاعه)

وجملة ذلك ان القرض عقد لازم من جهة المقرض جائز في حق المقرض فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك ، وقال الشافعي له ذلك لان كل ما يملك المطالبة بمثله يملك أخذه إذا كان موجوداً كالغصوب والعارية ، ولنا أنه زال ملكه عنه بمقد لازم من غير خيار فلم يكن له الرجوع فيه كالبيع ويفارق المفسوب والعارية فانه لم يزل ملكه عنهما ولانه لا يملك المطالبة بمثلها مع وجودها وفي مسئلتنا بخلافه ﴿مسئلة﴾ (وله طلب بدله في الحال)

لانه سبب يوجب رد المثل في المثليات فأوجبه حالاً كالاتلاف ولو أقرضه تفريق ثم طالبه بها جملة فله ذلك لان الجميع حال فأشبهه ما لو باعه بيوعاً حالة ثم طالبه بشئها جملة وان أجل القرض لم يتأجل وكل دين حل أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله ، وبه قال الاوزاعي والشافعي وابن المنذر وقال مالك والليث يتأجل الجميع بالتأجيل لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون عند شروطهم» ولان المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالاقالة والامضاء فلما الزيادة فيه كخيار المجلس ، وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كقولنا وفي ثمن المبيع والاجرة والصداق وعوض الخلع كقولها لان الاجل يقتضي جزاءً من المعوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه وبدل المتلف يجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص فلذلك لم يتأجل وبقيّة الاعراض يجوز الزيادة فيها فجاز تأجيلها ، ولنا أن الحق يثبت حالاً والتأجيل تبرع ووعد فلا يلزم الوفاء به كما لو أعاره شيئاً وهذا لا يقع عليه اسم الشرط ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به ما اختلفنا فيه لانه مثله ، ولنا على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد فأشبهه القرض ، وأما الاقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر بخلاف مسئلتنا وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد بدليل أنه يجري القبض لما يشترط قبضه والتعيين لما في الذمة ﴿مسئلة﴾ (فان رده المقرض عليه لزمه قبوله ما لم يتعيب أو يكن فلو ساء أو مكسرة فيحرمها

الاتلاف والنصب (والثاني) يجب رد مثله لان النبي صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكر آفرد مثله .
ومخالفت الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لانها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسبة
فيه فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر
المثل فعليه قيمته يوم تعذر المثل لان القيمة ثبتت في ذمته حينئذ ، وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين
القرض لانها حينئذ ثبتت في ذمته

السلطان فيكون له القيمة وقت القرض

يجوز للمقرض رد ما اقترضه على المقرض إذا كان على صفته لم ينقص ولم يحدث به عيب ويلزم
المقرض قبوله لانه على صفة حقه أشبه ما لو أعطاه غيره وقياساً على المسلم فيه وسواء تغير سعره أو لم
يتغير ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول غير المثلي لان القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين
فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه فلم يجب قبوله كالمبيع

(فصل) فان تعيب أو تغير لم يجب قبوله لان عليه في قبوله ضرراً لانه دون حقه فأشبه ما لو نقص
وكذلك ان كان القرض فلوساً أو مكسرة فخرمها السلطان وترك المعاملة بها لانه كالعيب فلا يلزمه
قبولها ويكون له قيمتها وقت القرض سواء كانت باقية أو استهلكها نص عليه أحمد في الدراهم المكسرة
فقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يعطيه ؟ وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً وذكر أبو بكر في
التنبيه أنه يكون له قيمتها وقت فسدت وترك المعاملة بها لانه كان يلزمه رد مثاتها ما دامت نافعة فإذا
فسدت انتقل الى قيمتها حينئذ كما لو عدم المثل . قال القاضي هذا إذا اتفق الناس على تركها فاما إن
تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك والليث والشافعي ليس له إلا مثل ما اقترضه
لان ذلك ليس بعيب حدث فيها فخرى مجرى رخص سعرها

ولنا أن تحريم السلطان منع انفاقها وأبطل مالياتها فأشبه كسرها أو تلف أجزائها وأما رخص السعر
فلا يمنع سواء كان قليلاً أو كثيراً لانه لم يحدث فيها شيء انما تغير السعر فأشبه الخطة إذا رخصت أو
غلت وكذلك يخرج في المشوشة إذا حرّمها السلطان

﴿مسئلة﴾ (ويجب رد المثل في المكيل والموزون والقيمة في الجواهر ونحوها وفيما سوى ذلك وجهان)
لا نعلم خلافاً في وجوب رد المثل في المكيل والموزون ، قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه
من أهل العلم على أن من أسلف سلفاً مما يجوز أن يسلف فرد عليه مثله ان ذلك جائز وأن للسلف
أخذ ذلك ولأن المكيل والموزون يضمن في النصب والاتلاف بمثله فكذا هنا فان أعوز المثل لزمته
قيمته يوم الاعواز لانها حينئذ ثبتت في الذمة ويرد القيمة في الجواهر ونحوها إذا قلنا يجوز قرضها
لانها من ذوات القيم ولا مثل لها لانها لا تنضب وفيما سوى ذلك وجهان (أحدهما) يرد القيمة
لان ما أوجب المثل في الثبات أوجب القيمة فيما لا مثل له كالاتلاف (والثاني) يجب رد مثله لان النبي
صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكر آفرد مثله ولان ما ثبت في الذمة في السلم ثبت في القرض
كالمثل ومخالفت الاتلاف فانه لا مسامحة فيه فوجبت القيمة لأنها أحصر والقرض أسهل ولهذا جازت النسبة
فيما فيه الربا ويعتبر مثل صفاته تقريباً فان حقيقة المثل انما توجد في المكيل والموزون فان تعذر المثل
فعليه قيمته يوم التعذر وإذا قلنا تجب القيمة وجبت حين القرض لانها حينئذ ثبتت في الذمة .

(فصل) ويجوز قرض الحبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة . ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات ، وإذا أقرضه بالوزن ورد مثله بالوزن جاز وإن أخذه عدداً فرده عدداً فقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز لأنه موزون أشبه سائر الموزونات (والثانية) يجوز . قال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا يحتاج إلى الوزن والوزن أحب إلي . ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها قالت : قلت يا رسول الله إن الحيران يستقرضون الحبز والخمير ويردون زيادة ونقصاً فقال « لا بأس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » ذكره أبو بكر في الشافي بإسناده وفيه أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الحبز والخمير فقال سبحانه الله إنما هذا من مكارم الأخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فجاز كدخول الحمام من غير تقدير أجره والركوب في سفينة الملاح وأشباه هذا ، فإن شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لأن الأصل تحريم ذلك وإنما أيسر لمشقة إمكان التحرز منه فإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما لو فعل ذلك في غيره .

(مسئلة) (ويثبت العوض في الذمة حالا وإن أجله)

لأن التأجيل في الحال عدة وتبرع فلم يلزم الوفاء به وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى وينبغي أن يفي له بما وعده .

(مسئلة) (ويجوز شرط الرهن والضمين به) لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لاهله متفق عليه .

(فصل) ويجوز قرض الحبز ورخص فيه أبو قلابة ومالك ومنع منه أبو حنيفة ، ولنا أنه موزون فجاز قرضه كسائر الموزونات وإذا أقرض بالوزن رد المقرض مثله بالوزن وإن استقرضه عدداً رده عدداً وقال الشريف أبو جعفر فيه روايتان (إحداهما) لا يجوز كسائر الموزونات (والثانية) يجوز وقال ابن أبي موسى إذا كان يتحرى أن يكون مثلاً بمثل فلا يحتاج إلى وزن والوزن أحب إلي ، ووجه الجواز ما روت عائشة قالت قلت يا رسول الله إن الحيران يقرضون الحبز والخمير ويردون زيادة ونقصاً فقال « لا بأس إن ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل » رواه أبو بكر في الشافي بإسناده وروي أيضاً بإسناده عن معاذ بن جبل أنه سئل عن استقراض الحبز والخمير فقال « سبحانه الله إنما هذا من مكارم الأخلاق فخذ الكبير واعط الصغير وخذ الصغير واعط الكبير خيركم أحسنكم قضاء سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك . ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق اعتبار الوزن فيه وتدخله المسامحة فأشبه دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح من غير تقدير أجره فإن شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه أو أجود أو اعطاه مثل ما أخذ وزاده كسرة كان ذلك حراماً وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً لأن الأصل تحريم ذلك وإنما أيسر لمشقة إمكان التحرز منه فإذا قصد أو شرط أو أفردت الزيادة فقد أمكن التحرز منه فحرم بحكم الأصل كما لو فعل ذلك في غيره .

(فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن أخذ الزيادة على ذلك ربا وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرضه مكسرة ليعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه وان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر وكان لعله مؤنة لم يجز لانه زيادة وان لم يكن لعله مؤنة جاز وحكاه ابن المنذر عن علي وابن عباس والحسن ابن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الاسود وايبوب السخيتاني والثوري وأحمد واسحاق وكرهه الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبد بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص أحمد على أن من شرط أن يكتب له بها سفتجة لم يجز ، ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر ، وروي عنه جوازها لكونها مصلحة لها جميعاً ، وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ثم يكتب لهم بها الى مصعب بن الزبير بالعراق فيأخذونها منه فسئل عن ذلك ابن عباس فلم ير به بأساً ، وروي عن علي رضي الله عنه أنه سئل عن مثل هذا فلم ير به بأساً ، ومن لم ير به بأساً ابن سيرين والنخعي ، رواه كله سعيد ، وذكر القاضي أن للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد أخرى ليربح خطر الطريق ، والصحيح جوازه لانه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها بل بمشروعيتها ، ولان هذا ليس بمنصوص على تحريمه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة وإن شرط في القرض أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو أن يقرضه المقرض مرة أخرى لم يجز لان

(مسألة) (ولا يجوز شرط مايجر نفقاً نحو أن يسكنه داره أو يقضيه خيراً منه أو في بلد آخر ويحتل جواز هذا الشرط)

كل قرض شرط فيه الزيادة فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر أجمعوا على ان المسلف اذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك ان أخذ الزيادة على ذلك ربا ، وقد روي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولأنه عقد ارفاق وقربة فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ولا فرق بين الزيادة في القدر أو في الصفة مثل أن يقرض مكسرة فيعطيه صحاحا أو نقداً ليعطيه خيراً منه فان شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر لم يجز ان كان لعله مؤنة لانه زيادة وان لم يكن لعله مؤنة فقد روي عن احمد انه لا يجوز أيضاً ورويت كراهته عن الحسن البصري وميمون بن أبي شبيب وعبد بن أبي لبابة ومالك والأوزاعي والشافعي لانه قد يكون في ذلك زيادة وقد نص احمد ان من شرط ان يكتب له بها سفتجة لم يجز ومعناه اشتراط القضاء في بلد آخر وروي عنه جواز ذلك حكاه عنه ابن المنذر لكونه مصلحة لها . وحكاه عن علي وابن عباس والحسن بن علي وابن الزبير وابن سيرين وعبد الرحمن بن الاسود وايبوب السخيتاني والثوري واسحاق واختاره . وذكر القاضي ان للوصي قرض مال اليتيم في بلد ليوفيه في بلد آخر ليربح خطر الطريق قال شيخنا : والصحيح جوازه لانه مصلحة لها من غير

الذي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يحز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرها أو على أن يهدي له هدية أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله ولم يحز قبوله إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما قبل القرض لما روى الاثر من أن رجلاً كان له على سبائك عشرون درهما فجعل يهدي اليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال أعطه سبعة دراهم وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدى اليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبلها فاتاه أبي فقال لقد علم أهل المدينة أنني من أطيبهم ثمرة وانه لا حاجة لنا بهم منعت هديتنا؟ ثم أهدى اليه بعد ذلك فقبل، وعن زر بن حبیش قال: قلت لأبي بن كعب إني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال: انك تأتي أرضاً فاش فيها الربا فان أقرضت رجلاً قرضاً فأتاك بقرضك ليؤدي اليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته رواها الاثر من، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال: قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثاً وفيه ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش فإذا كان لك على رجل دين فأهدى اليك حمل تبن أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فانه ربا، قال ابن أبي موسى ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جر منفعة. ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال قال رسول الله ﷺ «إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى اليه أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جري بينه وبينه قبل ذلك» وهذا كله في مدة القرض، فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط على ما سذكروه إن شاء الله تعالى (فصل) فان أقرضه مطلقاً من غير شرط فقضاء خيراً منه في القدر أو الصفة أو دونه برضاها جاز وكذلك إن كتب له بها سفتجة أو قضاء في بلد آخر جاز ورخص في ذلك ابن عمر وسعيد بن

ضرر بواحد منها والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ولان هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فوجب إبقاؤه على الإباحة.

(فصل) وان شرط أن يؤجره داره أو يبيعه شيئاً أو ان يقرضه المقرض مرة أخرى لم يحز لان النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف ولانه شرط عقداً في عقد فلم يحز كما لو باعه داره. بشرط أن يبيعه الآخر داره، وان شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرها أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرها أو على أن يهدي له أو يعمل له عملاً كان أبلغ في التحريم

(فصل) وان شرط أن يوفيه أنقص مما أقرضه لم يحز إذا كان ما يحجري فيه الربا لافضائه إلى فوات المائنة فيها هي شرط فيه، وإن كان في غيره فكذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن القرض يقتضي رد المثل وشرط النقصان يخالف مقتضاه فلم يحز كشرط الزيادة ولهم وجه آخر أنه يجوز لان القرض جمل للرفق بالمستقرض وشرط النقصان لا يخرج عنه موضوعه بخلاف الزيادة

(مسئلة) (وان فعل ذلك من غير شرط أو قضاء خيراً أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز)

وكذلك ان كتب له سفتجة أو قضاء في بلد آخر خيراً منه جاز، ورخص في ذلك ابن عمر

المسبب والحسن والتخفي والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاء خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطاة فعلي روايتين ، وروي عن أبي بن كعب وابن عباس وابن عمر أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جراً منفعة

ولنا أن النبي ﷺ استسلف بكرة فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه والبخاري « أفضلكم أحسنكم قضاء » ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه فحلت كما لو لم يكن قرض قال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فماد المستقرض بعد ذلك يلمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه كان حراماً قولاً واحداً ، وإن كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عادته وهذا غير صحيح فإن النبي ﷺ كان معروفاً بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول إن إقراضه مكروه ولأن المعروف بحسن انقضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز قولاً واحداً لأن ذلك معاوضة للتقدي بأقل منه ف. كان ربا

وسعيد بن المسيب والحسن والتخفي والشعبي والزهري وقتادة ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال أبو الخطاب إن قضاء خيراً منه أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير شرط ولا مواطاة فعلي روايتين وروي عن أبي بن كعب وابن عباس أنه يأخذ مثل قرضه ولا يأخذ فضلاً لئلا يكون قرضاً جراً منفعة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرة فرد خيراً منه وقال « خيركم أحسنكم قضاء » متفق عليه ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه ولا إلى استيفاء دينه أشبه ما لو لم يكن قرض ، وقال ابن أبي موسى إذا زاده بعد الوفاء فماد المستقرض بعد ذلك يلمس منه قرضاً ثانياً ففعل لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه . فإن أخذ زيادة أو أجود مما أعطاه حرم قولاً واحداً وإذا كان الرجل معروفاً بحسن القضاء لم يكره إقراضه ، وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يكره لأنه يطمع في حسن عادته وهذا لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بحسن القضاء فهل يسوغ لأحد أن يقول إقراضه مكروه ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم وهو أولى الناس بقضاء حاجته وإجابة مسألته وتفريج كربته فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً ، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة ، ولو أقرضه مكسرة فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط جاز ، وإن جاءه بصحاح أقل منها فأخذها بجميع حقه لم يجز لأن ذلك معاوضة للتقدي بأقل منه فكان ربا ، وكذلك ما يشترط فيه المائنة **مسئلة** (وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما بذلك قبل القرض إلا أن يكافئه أو يحسبه من دينه)

وذلك لما روى الأثرم أن رجلاً كان له على مائة عشرون درهما فجعل يهدي إليه السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال : أعطه سبعة دراهم ، وعن ابن سيرين أن عمر أسلف أبي بن كعب عشرة آلاف درهم فأهدي إليه أبي بن كعب من ثمرة أرضه فردها عليه ولم يقبله فأتاه

(فصل) وان شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجري فيه الربا لم يجوز لافضائه إلى فوات المائة فيها هي شرط فيه ، وان كان في غيره لم يجوز أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ، وشرط النقصان لا يخرج عن موضوعه بخلاف الزيادة . ولأن القرض يقتضي المثل فشرط النقصان بخالف مقتضاه فلم يجوز كشرط الزيادة (فصل) ولو اقترض من رجل نصف دينار فدفع إليه ديناراً صحيحاً وقال نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك أو سلماً في شيء صح ، وان امتنع المقرض من قبوله فله ذلك لأن عليه في الشركة ضرراً ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعة جاز إلا أن يكون ذلك عن مشاركة فقال أفضيك صحيحاً بشرط أني أخذ منك بنصفه الباقي قبضاً فإنه لا يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا يعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقتضي ولو لم يكن شرطاً جاز فان ترك النصف الآخر عنده وديعة جاز وكانا شريكين فيه وان اتفقا على كسره كسراه فان اختلفا لم يجبر أحدهما على كسره لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها لم يكن محرماً لذلك . ولو

أبي فقال : لقد علم أهل المدينة اني من أطيبهم ثمرة وأنه لا حاجة لنا قيم هديتنا ؟ ثم أهدى إليه بعد ذلك فقبل . وعن زر بن حبیش قال : قلت لابي بن كعب اني أريد أن أسير إلى أرض الجهاد إلى العراق فقال انك تأتني أرضاً فاش فيها الربا ، فان أقرضت رجلاً قرضاً فأناك بقرضك ليؤدي إليك قرضك ومعه هدية فاقبض قرضك واردد عليه هديته . رواها الأثرم ، وروى البخاري عن أبي بردة عن أبي موسى قال قدمت المدينة فلقيت عبد الله بن سلام وذكر حديثاً وفيه ، ثم قال لي إنك بأرض فيها الربا فاش ، فإذا كان لك على رجل قرض فأهدى إليك حمل ثب أو حمل شعير أو حمل قت فلا تأخذه فإنه ربا . قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضاً ثم استعمله عملاً لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جراً منقعة ، ولو استضاف غريمه ولم تكن العادة جرت بذلك ينشأ حسب له ما أكله لما روى ابن ماجه في سننه عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حملة على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك » وهذا كله في مدة القرض ، فاما بعد الوفاء فهو كالزيادة من غير شرط وقد ذكرناه

(فصل) ولو اقترض نصف دينار فدفع إليه المقرض ديناراً صحيحاً وقال نصفه وفاء ونصفه وديعة عندك أو سلم في شيء صح ولا يلزم المقرض قبوله لأن عليه في الشركة ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الباقي من الدينار ساعة جاز ، فان كان بشرط مثل أن يقول أفضيك صحيحاً بشرط أن أخذ منك بنصفه الباقي قبضاً لم يجوز لأنه لم يدفع إليه صحيحاً إلا يعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح والمكسور من النصف المقتضي وان اتفقا على كسره كسراه ، وان اختلفا لم يجبر أحدهما على ذلك لأنه ينقص قيمته

(فصل) ولو أفلس غريمه فأقرضه ألفاً ليوفيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطة فأقرضه ما يشتري به حنطة يوفيه إياها جاز لذلك ، ولو

أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه أو بذراً يذره فيها فإن شرط ذلك في القرض لم يحز لانه شرط ما ينتفع به فأشبهه شرط الزيادة وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبي موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال أقرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلاث كان خيئاً . والاولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً لأن الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد قهر نفسه وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه أخذ السفينة به وإيفاءه في بلد آخر ولانه مصلحة لها جميعاً فأشبهه ما ذكرنا

(فصل) قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً فالباع جائز ولا يرجع عليه بشيء . يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لأنها دراهمه فبيعها عليه وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً وهذا محتمل أنه أراد فيها إذا باعه الساعة بها وهو يعلم عيبها فلما أن باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، وإن حبسها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو أقرض رجلاً دراهم وقال إذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وإن قال إن مت فأنت في حل لم يصح وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح تعليقه على الشروط والاول وصية لانه علق ذلك على موت نفسه والوصية جائزة ، قال ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً والوزن واحد وكانت لا تنفق في مكان برء وسها كان ذلك زيادة لأن التسعين من المائة تقوم برء وسها فلا وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان برء وسها كان ذلك زيادة لأن التسعين من المائة تقوم

أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقة فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس إذا لم يأخذ عليها شيئاً وإن أقرض أكاره ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه ، أو بذراً يذره فيها ، فإن كان شرط ذلك في القرض لم يحز لانه شرط ما ينتفع به فأشبهه الزيادة ، وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبي موسى لا يجوز لانه قرض جر منفعة . قال ولو قال أقرضني ألفاً وادفع إلي أرضك أزرعها بالثلاث كان خيئاً . قال شيخنا . والاولى جواز ذلك إذا لم يكن مشروطاً لأن الحاجة داعية اليه والمستقرض إنما يقصد نفع نفسه ، وإنما يحصل انتفاع المقرض ضمناً فأشبهه أخذ السفينة به وإيفاءه في بلد آخر من حيث أنه مصلحة لها جميعاً (فصل) قال أحمد في رجل اقترض دراهم وابتاع بها منه شيئاً فخرجت زيوفاً فالباع جائز ولا يرجع عليه بشيء . يعني لا يرجع البائع على المشتري ببدل الثمن لأنها دراهمه فبيعها عليه وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زيوفاً وهذا محتمل أنه أراد فيها إذا باعه الساعة بها وهو يعلم عيبها ، فأما إن باعه في ذمته بدراهم ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ويرد هذه عليه وللمشتري ردها على البائع وفاء عن القرض ويبقى الثمن في ذمته ، فإن حبسها على البائع وفاء عن القرض ووفاه الثمن جيداً جاز ، قال ولو أقرض رجلاً دراهم وقال إذا مت فأنت في حل كانت وصية ، وإن قال إن مت فأنت في حل لم يصح لأن هذا إبراء معلق على شرط ولا يصح ذلك والاول وصية لانه علقه على موت نفسه وذلك جائز . قال ولو أقرضه تسعين ديناراً وزناً بمائة عدداً وزنها تسعون وكانت لا تنفق في مكان برء وسها كان ذلك زيادة لأن التسعين من المائة تقوم برء وسها فلا وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان برء وسها كان ذلك زيادة لأن التسعين من المائة تقوم

مقام التسمين التي اقترضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن كثر عددها . قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجوز وذلك لأن قوله اقترض لي ولك عشرة جمالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة وأما الكفالة فإن الكفيل يلزمه الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض فإذا أخذ عوضا صار القرض جارا للمنفعة فلم يجوز

(فصل) قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله ولو كان ما اقترضه موجوداً بعينه فردّه من غير عيب يحدث فيه لزم قبوله سواء تغير سعره أو لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله ، وإن كان القرض فلوساً أو مكسرة فخرها السلطان وتركتم المعاملة بها كان المقرض قيمتها ولم يلزمه قبولها سواء كانت قائمة في يده أو استهلكها لأنها تعينت في ملكه نص عليه أحمد في الدرهم المكسرة وقال يقومها كم تساوي يوم أخذها ثم يطيه وسواء نقصت قيمتها قليلاً أو كثيراً قال الفاضل هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما أن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لم يلزمه أخذها ، وقال مالك والليث بن سعد والشافعي ليس له إلا مثل ما اقترضه لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها فخرى مجرى نقص سعرها : ولنا أن تحريم السلطان لها منع اتفاقها وبطل ما ليّتها فأشبه كسرهما أو تلف أجزائها وأما رخص السعر فلا يمنع ردها سواء كان كثيراً مثل أن كانت عشرة بدائق فصارت عشرين بدائق أو قليلاً لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر فأشبه الحنطة إذا رخصت أو غلت (فصل) وإذا اقترضه ما ملّحه مؤنة ثم طالبه بمثله يبدل آخر لم يلزمه لأنه لا يلزمه حمله له إلى ذلك البلد فإن طالبه بالقيمة لزمه لأنه لا مؤنة لملّحه فإن تبرع المقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي اقترضه فيه وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي اقترضه فيه لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه وإن كان القرض أماناً أو مالا مؤنة في حمله وطالبه بها وهما يبدل آخر لزمه دفعه إليه لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد

مقام التسمين التي اقترضه إياها ويستفضل عشرة ولا يجوز اشتراط الزيادة ، وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن فلا زيادة فيها وإن اختلف عددها ، قال ولو قال اقترض لي من فلان مائة ولك عشرة فلا بأس ، ولو قال اكفل عني ولك ألف لم يجوز وذلك لأن قوله اقترض لي ولك عشرة جمالة على فعل مباح فجازت كما لو قال ابن لي هذا الحائط ولك عشرة ، وأما الكفالة فلأن الكفيل يلزمه أداء الدين فإذا أداه وجب له على المكفول عنه فصار كالقرض ، فإذا أخذ عوضا صار قرضاً جر منفعة فلم يجوز

(مسئلة) (وإذا اقترضه أماناً فطالبه بها يبدل آخر لزمته ، وإن اقترضه غيرها فطالبه بها لم يلزمه فإن طالبه بالقيمة لزمه إذاؤها)

وجملة ذلك أنه إذا اقترضه ما ملّحه مؤنة وطالبه بمثله يبدل آخر لم يلزمه لأنه لا يلزمه حمله إلى ذلك البلد ، فإن تبرع المقرض بدفع المثل وأبى المقرض قبوله فله ذلك لأن عليه ضرراً في قبضه لأنه ربما احتاج إلى حمله إلى المكان الذي اقترضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك في البلد الذي اقترضه فيه لأنه المكان الذي يجب التسليم فيه ، ولو اقترضه أماناً أو مالا مؤنة لملّحه وطالبه بها وهما يبدل آخر لزمه دفعه لأن تسليمه إليه في هذا البلد وغيره واحد

(فصل) وان أقرض ذمي ذمياً خيراً ثم أسلمها أو أحدها بطل القرض ولم يجب على المقرض شيء سواء كان هو المسلم أو الآخر لانه اذا أسلم لم يجوز ان يجب عليه خسر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانها لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها وان كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك

كتاب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي ثابتة دائمة ، وقيل هو من الحبس قال الله تعالى (كل امرئ بما كسب رهين) وقال (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر . وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لشدة وجده بها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيبقى عنده ولا يفارقه . وغلق الرهن استحقاق المرهن إياه معجز الرهن عن فكائه ، والرهن في الشرع المال الذي يحمل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه . وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع أما اكتاب فقول الله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهن مقبوضة) وتقرأ (فرهان) والرهان جمع رهن والرهن جمع الرهن قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رهن مثل سقف وسقف ، وأما السنة فروت عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة »

(فصل) ولو أقرض ذمي ذمياً خيراً ثم أسلمها أو أحدها بطل القرض ولم يجب على المقرض شيء سواء كان هو المقرض أو المقرض لانه اذا أسلم لم يجوز ان يجب عليه خسر لعدم ماليتها ولا يجب بدلها لانه لا قيمة لها ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها ، وان كان المقرض لم يجب له شيء لما ذكرنا والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الرهن

الرهن في اللغة الثبوت والدوام يقال ماء راهن أي راكد ونعمة راهنة أي دائمة ، وقيل هو الحبس قال الله تعالى (كل نفس بما كسبت رهينة) وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

شبه لزوم قلبه لها واحتباسه عندها لوجدها بالرهن الذي يلزمه المرهن فيحبسه عنده ولا يفارقه وغلق الرهن استحقاق المرهن إياه لمعجز الرهن عن فكائه (مسئلة) (وهو وثيقة بالحق)

الرهن في الشرع المال الذي يحمل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه ان تعذر استيفاءه من ذمة الغريم وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع . قال الله سبحانه وتعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة) وروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه

رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يئلق الرهن » وأما الاجماع فاجم المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كما يجوز في السفر قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لان الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) . ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طاماً ورهنه درعه وكانا بالمدينة ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان ، فاما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذکور معه أيضاً (فصل) والرهن غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بضمك بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها (فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقع بعد الحق فيصح بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) فجعله بدلاً عن الكتابة فيكون في محلها ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بقاء التعقيب (الحال الثاني) أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين

متفق عليه ، وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يئلق الرهن » وأجم المسلمون على جواز الرهن في الجملة

(فصل) ويجوز الرهن في الحضر كجوازه في السفر قال ابن المنذر لاننا نعلم أحداً خالف في ذلك الا مجاهداً قال ليس الرهن الا في السفر لقوله تعالى (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة) ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طاماً ورهنه درعه وكانا بالمدينة ، ولانها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان . فأما ذكر السفر فانه خرج مخرج الغالب لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذکور في الآية

(فصل) وهو غير واجب لا نعلم فيه مخالفاً لانه وثيقة بالدين فلم يجب كالضمان والكتابة وقول الله تعالى (فرهان مقبوضة) إرشاد لنا لا إيجاب علينا بدليل قول الله تعالى (فان أمن بضمك بعضاً فليؤد الذي أؤتمن أمانته) ولانه أمر به عند اعواز الكتابة وهي غير واجبة فكذلك بدلها (مسئلة) (وهو لازم في حق الراهن جائز في حق المرتهن) لأن العقد لحقه وحده فكان له فسخه كالضمان له وهو لازم من جهة الراهن لان الحظ لغيره فلزم من جهة كالضمان في حق الضامن (مسئلة) (يجوز عقده مع الحق وبعده ولا يجوز قبله الا عند أبي الخطاب)

وجملة ذلك أن الرهن لا يخلو من أحوال ثلاثة (أحدها) أن يقع مع الحق فيقول بتمك هذا بعشرة الى شهر ترهنني بها كذا فيقول قبلت فيصح ذلك ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يقدّمه مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الحبرة الى المشتري ، والظاهر أنه لا يبيد فنفوت الوثيقة بالحق (الحال الثاني) أن يقع بعد الحق فيصح

فيقول بتك ثوبي هذا بعشرة الى شهر ترهني بها عبدك سعداً فيقول قبلت ذلك فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الحاجة داعية الى ثبوته فانه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من الزام المشتري عقده وكانت الحيرة الى المشتري والظاهر أنه لا يبذله فتفوت الوثيقة بالحق (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب وهو اختيار أبي بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي واختار أبو الخطاب انه يصح فتي قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزمت الرهن وهو مذهب مالك وأبي حنيفة لانه وثيقة بحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم تصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة والتمن لا يتقدم اليهم ، وأما الضمان فيجتمل أن يمنع صحته ، وان سلمنا فالفرق بينهما ان الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالندرج بخلاف الرهن

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يصح الرهن الا أن يكون مقبوضاً من جازر الامر)

يعني لا يلزم الرهن إلا بالقبض ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال بعض أصحابنا : ما كان مكيلاً أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض وفيما عداها روايتان (إحداها) لا يلزم إلا بالقبض (والاخرى) يلزم بمجرد العقد كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا في رواية الميموني وحمل القاضي كلام الحرقى على المكيل والموزون خاصة وليس بصحيح فان كلام الحرقى مع عمومته قد اتبعه بما يدل على

بالاجماع لانه دين ثابت تدعو الحاجة الى الوثيقة به فجاز أخذها به كالضمان ولان الله تعالى قال (وان كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضاً) جملة بدلا عن الكتابة فيكون في محلها ومحله بعد وجوب الحق ، ولان في الآية ما يدل على ذلك وهو قوله تعالى (إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه) جملة مذكورا بعدها بقاء التعقيب (الحال الثالث) أن يرهنه قبل الحق فيقول رهنتك عبي هذا بعشرة تقرضنيها فلا يصح في ظاهر المذهب واختاره أبو بكر والقاضي وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب أنه يصح ، فإذا قال رهنتك ثوبي هذا بعشرة تقرضنيها غداً وسلمه اليه ثم أقرضه الدراهم لزمت الرهن وهو مذهب أبي حنيفة ومالك لانه وثيقة بالحق فجاز عقدها قبل وجوبه كالضمان أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك . وانا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله فلم يصح قبله كالشهادة ولان الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة . وأما الضمان فيجتمل أن يمنع صحته ، وان سلمناه فالفرق بينهما أن الضمان التزام مال تبرعا بالقول فجاز من غير حق ثابت كالندرج

﴿ مسألة ﴾ (وبصح في كل عين يجوز بيعها)

لان مقصود الرهن الاستيناق بالدين ليتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل ما يجوز بيعه ولان كل ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن ومحل الشيء محل حكمته الا أن يمنع من ثبوته مانع أو يفوت بشرط فيبقى الحكم به

أرادة التميم وهو قوله : فان كان مما ينقل فقبضه أخذه إياه من راعه منقولا ، وان كان مما لا ينقل كاللور والأرضين فقبضه بتخلية راعه بينه وبينه . وقال أحمد في الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنًا في الحال وهذا كقول الحرقى وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لأنه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع . ولنا قول الله تعالى (فَرَهْن مَقْبُوضَةٌ) وصفها بكونها مقبوضة ولأنه عقد أرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم اقتباضه كما لو مات الراهن ولا يشبه البيع فانه معاوضة وليس بأرفاق وقول الحرقى : من جاز الأمر . يعني أن الراهن الذي يرهن ويقبض يكون جائز التصرف في ماله وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر أو جنون أو سفه أو فليس ، ويعتبر ذلك في حال رهنه واقتباضه لأن العقد والتسليم ليس بواجب وإنما هو إلى اختيار الراهن فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأنه نوع تصرف في المال فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن كالمبيع فان جن أحد المراهنين قبل القبض أو مات لم يطل الرهن لأنه عقد يؤل إلى الزوم فلم يطل بمجنون أحد المتعاقدين أو موته كالمبيع الذي فيه الخيار ويقوم ولي المجنون مقامه . فان كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقيض مثل أن يكون شرطاً في بيع يستنصر بفسخه ونحوه أقبضه ، وان كان الحظ في تركه لم يحز له تقيضه ، وان كان المجنون المرتهن قبضه وليه إن اختار الراهن ، وان امتنع لم يحجز وإذا مات قام وارثه مقامه في القبض فان مات الراهن لم يلزم ورثته تقيضه لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك : فان لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فاحب الورثة تقيض الرهن جاز ، وان كان عليه دين سواء فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى إن لهم ذلك أخذاً بما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله ، وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لأنه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضاف جنساً لتدريجها فكيف يمارض به الخاص لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقيضه على الراهن فكذلك على ورثته ، ويختص هذا بما عدا المكيل والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقيضه لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يحز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس

(مسألة) (إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يحجز رهنه)

إذا قلنا لا يجوز بيع المكاتب لم يحجز رهنه لعدم حصول مقصود الرهن به وان قلنا يجوز بيعه وقلنا استدامة القبض شرط في الرهن لم يصح ، والصحيح أن استدامة القبض شرط فلا يصح رهنه وهذا مذهب الشافعي لأن استدامة القبض غير ممكنة في حق المكاتب لأنها مقنض الكتابة . وقال القاضي : قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لأنه يجوز بيعه وإبقاء الدين من ثمنه ، فلي هذا يكون ما يؤديه من نجوم الكتابة رهنًا معه وان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه وان عتق كان ماداء من نجومه بعد عقد الرهن رهنًا بمنزلة مالهو كسب العبد ثم مات

٣٧٠ تصرف الرهن في الرهن قبل القبض واشتراط استدامة القبض (الغني والشرح الكبير)

الراهن الا اذا قلنا ان للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من اموالهم . فان قيل فالفائدة في القول بصحة الرهن اذا لم يختص به المرتهن ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل ان يرضى الغرماء بتسليمه اليه فيم الرهن ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما قبل الاذن في القبض وما بعده لكون الاذن يبطل بالجنون والموت والاعماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لان فيه تخصيصاً للمرتهن بثمنه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وان حجر عليه لسفه فحكه حكم ما لو زال عقله بجنون على ما أسلفناه ، وان أغمى عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقيضه لان المعنى عليه لولاية عليه ، وان أغمى على المرتهن لم يكن لاحد ان يقوم مقامه في قبض الرهن ايضاً وانتظر إفاقته ، وان خرس وكانت له كتابة مفهومة أو اشارة معلومة فحكه حكم المتكلمين ان اذن في القبض جاز والا فلا ، وان لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يحز القبض ، وان كان احد هؤلاء قد اذن في القبض فحكه حكم من لم يأذن لان اذنتهم يبطل بما عرض لهم وجميع هذا تناوله قول الحرقى من جائز الامر وليس أحد من هؤلاء جائز الامر

(فصل) اذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة أو بيع أو عتق أو جعله صداقاً أو رهنه ثانياً بطل الرهن الاول سواء قبض الهبة والمبيع والرهن الثاني او لم يقبضه لانه اخرجته عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يبدل على قصده ذلك ، وان دبر العبد أو أجره أو زوج الامة لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وان كاتب العبد ابني على صحة رهن المسكاتب فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل رهنه وان قلنا لا يجوز رهنه بطل رهنه كما لو أعتقه

(فصل) واستدامة القبض شرط للزوم الرهن فاذا أخرجته المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجته باجارة أو اطارة أو ايداع أو غير ذلك فاذا عاد فردّه اليه عاد اللزوم بحكم العقد السابق . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ثم اكرهاها صاحبها خرجت من الرهن فاذا رجعت اليه صارت رهنًا . وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن ان يبعثها اليه لتخبرهم فبعث بها فوطئها اتفقت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء ، قال أبو بكر لا يكون رهنًا في تلك الحال فاذا ردها رجعت الى الرهن ، ومن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا على القول الصحيح ، فأما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فأولى

(فصل) فاما المعلق عتقه بصفة فان كانت توجد قبل حلول الدين لم يصح رهنه لكونه لا يمكن يمينه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه وان كان الدين يحل قبلها صح رهنه لامكان يمينه واستيفاء الدين من ثمنه وان كانت تحتل الامرين كقدوم زيد بقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن ويمكن أن يبقى حتى يستوفى الدين من ثمنه فاشبه المريض والمدبر ، وهو مذهب أبي حنيفة ويحتمل أن لا يصح لان فيه غرراً اذ يحتمل أن يمتنع قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي اختلاف كنعو هذا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها وولدها دونها وان كان صغيراً لان الرهن لا يزيل

أن يقول الاستدانة غير مشترطة لان كل شرط يعتبر في الاستدانة يعتبر في الابتداء ، وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدانة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا القبض شرط في الابتداء كان شرطاً في الاستدانة وقال الشافعي استدانة القبض ليست شرطاً لانه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدانة كاهبة ، ولنا قول الله تعالى (فرهن مقبوضة) لانها احدى حالتى الرهن فكان القبض فيها شرطاً كالا ابتداء ويفارق الهبة لان القبض في ابتدائها ثبت الملك فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه ولم تحصل وثيقة وان أزيلت يد المرتهن لغير حق كغصب أو سرقة أو اباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لان يده ثابتة حكماً فكأنها لم تزل

(فصل) وليس المرتهن قبض الرهن الا بإذن الراهن لانه لا يلزمه تقيضه فاعتبر اذنه في قبضه كالواهب ، فان تعدى المرتهن قبضه بغير اذن لم يثبت حكمه وكان بمنزلة من لم يقبض وإن اذن الراهن في القبض ثم رجع عن الاذن قبله زال حكم الاذن وان رجع عن الاذن بعد قبضه لم يؤثر رجوعه لان الرهن قد لزم لاتصال القبض به ، وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض اعتبر الاذن في القبض الثاني لانه قبض يلزم به الرهن أشبه الاول . ويقوم ما يدل على الاذن مقامه مثل ارساله العبد إلى مرتته ورده لما أخذه من المرتهن الى يده ونحو ذلك لان ذلك دليل على الاذن فاكفى به كدعاء الناس الى الطعام وتقديمه بين أيديهم يجري مجرى الاذن في أكله

(مسألة) قال (والقبض فيه من وجهين فان كان مما ينقل فقبض المرتهن له أخذه اياه من راحته منقولاً ، وان كان مما لا ينقل كالدار والارضين فقبضه تحلية راحته بينه وبين مرتته لا حائل دونه

وجملة ذلك ان القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة فان كان منقولاً فقبضه نقله أو تناوله وان كان اثماً أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد فقبضه تناوله بها ، وان كان ميكلاً رهنه بالكيل أو موزوناً رهنه بالوزن فقبضه اكتباله أو اتزانة لقول النبي ﷺ « اذا سميت الكيل فكل » وان ارهن الصبرة جزافاً أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضه نقله لقول ابن عمر كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً قال النبي ﷺ « ان نبيعه حتى ننقله من مكانه ، متفق عليه . وان كان الرهن غير منقول كالعقار والثمر على الشجرة

الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولانه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها فان دعت الحاجة الى بيع أحدهما بيع معه الآخر لان الجمع في العقد ممكن والتفريق حرام فإذا يما مما تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الرهن من الثمن فإذا كانت الجارية رهناً وكانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فخصتها ثلثا الثمن فان لم يعلم المرتهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لان الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعها بدونه فان أمسك فلا شيء له غيرها . وان ردها فله فسخ البيع ان كانت مشروطة فيه

(مسألة) (ويجوز رهن ما يسرع اليه الفساد بدين مؤجل ويبيع ويجعل ثمنه رهناً)

فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل مان يفتح له باب الدار أو يسلم اليه مفتاحها وان خلى بينه وبينها ونسبها فاش للراهن صح التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالثمره في الشجرة ، وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن فسلمها اليه صح التسليم ، ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لان القبض حصل فيها جميعا فيكون موجوداً في الرهن منها

(فصل) وان رهنه سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه وبينه سواء حضر الشريك أو لم يحضر وان كان منقولاً كالجوهرة يرهن نصفها فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضا الشريك فان رضي الشريك تناولها وان امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لها ، وان تناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها فان قلنا استدامة القبض شرط لم يكفه ذلك التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره فأشبهه مالو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب لغيره فتناولها معا ، ولو رهنه ثوباً فاشتبه عليه بغيره فسلم اليه أحدهما لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن فان تبين أنه الرهن تبين صحة التسليم ، وان سلم اليه الثوبين معاً حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقيناً

(فصل) ولو رهنه داراً تخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يتخلى بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية ولنا ان التخلية تصح بقوله مع التمكن منها وعدم المانع فأشبهه مالو كانا خارجين عنها ولا يصح ما ذكره ألا ترى ان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ، ولانه بخروجه عنها تحقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالاً له في يد المرتهن طرية أو وديعة أو غصبا أو نحوه صح الرهن لانه مالك له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يعتبر أمراً زائداً وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما لو طولب بالوديعة فجعلها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد . ولو طاد الجاحد فأقر بها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد . وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهنها حتى تمضي مدة يتأني قبضه

يجوز رهن ما يسرع اليه النساد بدين حال ومؤجل لانه يمكن ايفاء الدين من ثمنه أشبه الثوب وسواء كان مما يمكن تحفيقه كالغلب أو لا يمكن كالبطيخ فان كان مما يحفف فعلى الراهن تحفيقه لانه من مؤنة حفظه وتقيته فأشبهه نفقة الحيوان وان كان مما لا يحفف فانه يباع ويقضى الدين من ثمنه ان كان حالاً أو يحل قبل فسادده وان لم يحل قبل فسادده فشرطاً يبعه وجعل ثمنه رهنها فعلاً ذلك وان أطلق العقد فذكر القاضي فيه وجهين (أحدهما) لا يصح لان بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب كما لو شرط أن لا يبيعه (والثاني) يصح وهو الصحيح لان العرف يقتضي ذلك ليكون المالك لا يمرض ملكه للتلف والهلاك فاذا تبين حفظه في يعه حمل عليه مطلق العقد كالتحفيف

فيها فان كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها وان كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وان كان غير منقول فبمضي مدة التحلية وان كان غائباً عن المرهن لم يصرمقبوضاً حتى يوافيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان المقدد يفتقر الى القبض والقبض إما يحصل بفعله أو بامكانه ويكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة ، فان تلف قبل مضي مدة يتأتى قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتدل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير إذن كما لو كان في يد الراهن وإقراره في يده لا يكفي كما لو أقر المضمون في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه (والثاني) لا يفتقر الى إذن في القبض لان إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض فان أذن له في القبض ثم رجم عنه قبل مضي مدة يتأتى القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) فاذا رهنه المضمون كالمضروب والمارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان وبهذا قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه لانه أحدهما في الرهن

ولنا انه مأذون له في امساكه رهناً لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه . وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه ازلتها ويد المرهن بحقة جعلها الشرع له ويد المرهن يد أمانة ويد الغاصب والمستعير ونحوها يد ضامنة وهذان متنافيان ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده الى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب والمارية ونحوها وهذا لم يبق غاصباً ولا مستعيراً ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه ، واما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لالكونه غاصباً ولا مستعيراً وهنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب فم يثبت

(فصل) ويجوز أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، وان وكل المرهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن ذلك قبضاً لان الرهن وثيقة ليستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع ان المشتري لو دفع الى البائع غرارة وقال : كل حقي في هذه ففعل كان ذلك قبضاً فيخرج هنا كذلك

في الغنم والاتفاق على الحيوان وللشافعي قولان كالوجهين . فاما ان شرطاً ان لا يباع فلا يصح لانه شرط ما يتضمن فساد وفوات المقصود فأشبهه ما لو شرط عدم النفقة على الحيوان . إذا ثبت ذلك فانه ان شرط للمرهن بيعه أو اذنه له فيه بعد المقد أو اتفاقاً على أن الراهن يبيعه أو غيره باعه والا باعه الحاكم وجعل منه رهناً ولا يقضى الدين من ثمنه لانه لا يجوز له تمجيل وفاء الدين قبل حله وكذلك الحكم ان رهنه ثياباً تخاف تلفها أو حيواناً تخاف موته لما ذكرنا

(مسئلة) (وبجوز رهن المشاع)

وبه قال ابن أبي ليلى والشافعي ومالك والاوزاعي والنبهري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب

(فصل) وإذا أقر الراهن بتقيض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان ذلك مقبولا فيما يمكن صدقها فيه ، وإن أقر الراهن بالتقيض ثم أنكره وقال : أقررت بذلك ولم أكن قبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لأن الاقرار أقوى من اليمين ، ولو قامت اليمين بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يقبل منه فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين وهو قول الشافعي في منصوصه لأن العادة جارية بأن الإنسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فتسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة وهذا أجود ويفارق اليمين قائلها لا تشهد بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن بينة عادلة ، وقال القاضي إن كان المقر غائبا فقال أقررت لأن وكيلي كتب إلي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه ، وإن أقر أنه باشر ذلك بنفسه ثم عاد فأكذب نفسه لم يحلف خصمه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، فأما إن اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول من هو في يده لأنه إن كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وإن كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده إلا بعد قبضه . وإن اختلفا في الاذن فقال الراهن أخذته بغير إذني قال بل بأذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لأن الظاهر معه فإن المقد قد وجد وبده تدل على أنه بحق . وبمحتمل أن يكون القول قول الراهن لأن الاصل عدم الاذن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي هذين الوجهين

(فصل) وإذا رهنه عتین قتلت أحدهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لأن العقد كان صحيحاً فيها وإنما طرأ انفساخ العقد في أحدهما فلم يؤثر كما لو اشترى شيتين ثم رد أحدهما يجب أو خيار أو اقالة والراهن غير بين اقباض الباقية وبين منعه ، وإن كان التلغ بعد قبض الاخرى فقد لزم الرهن فيها فإن كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكاله . فإن رضي لم يكن له المطالبة ببذل النالفة لأن الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن ، ولو تلفت إحدى العتین بعد القبض فلا خيار للبائع لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار فإذا تلف بعضه أولى ، ثم إن كان تلفها بعد قبض العتین الاخرى فقد لزم الرهن فيها وإن كان قبل قبض الاخرى قال الراهن غير بين اقباضها وبين تركه فإن امتنع من تقيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تلف الاخرى (فصل) وإن رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لأن ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وأنقاضها باقية وثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطا في بيع لانها تميمت ونقصت

الرأي لا يصح إلا أن يرهنه لشريكه أو يرهنها الشريكان لرجل واحد أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معاً لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعني انفصل به فلم يصح كما لو تزوج اخته من الرضاع . يانه إن مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرهن حبسه لأن شريكه ينزعه في نوبته ولأن استدامة القبض شرط ، وهذا يستحق زوال العقد عنه لمعني فارق العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب

ولنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد قولهم مقصوده الحبس ممنوع وإنما المقصود استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ثم يبطل ما ذكرناه برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه فإنه يصح عندهم ، إذا ثبت ذلك فبرضي الشريك

قيمتها ، فان قيل فلم لا يفسخ عقد الرهن كما تفسخ الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت قبطل العقد لعدم المعقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالة وهي باقية فملى هذا تكون العرصة والانقاض من الاخشاب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد ورد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) وكل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ان تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ومحل الشيء محل لحكمته الا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط فينتفي الحكم لا تنقائه فيصح رهن المشاع لذلك وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبخاري والاوزاعي وسوار والغبري والشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي لا يصح رهنه الا أن يرهنه من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، أو يرهن رجلا داره من رجلين فيقبضانها معا لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصال به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع . يانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه لان شريكه ينزعه يوم نوبته ولان استدامة القبض شرط وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد فلم يصح رهنه كالمغصوب . ولنا انها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ولا نسلم ان مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره والمشاع قابل لذلك ، ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره غير اذنه من غير ولاية فانه يصح عندهم

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح أن يرهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن نصف نصيبه أو يرهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بينه وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصاح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

والمرتهن بكونه في يد أحدهما أو غيرها جاز لان الحق لها لا يخرج عنها فان اختلفا جملة الحاكم في يد أمين أمانة أو باجرة لان المالك لا يلزمه تسليم ما لم يرهنه والمرتهن لا يلزمه ترك الرهن عند المالك فقام الحاكم مقامهما في حفظه لها

(فصل) ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع كما يصح رهن جميعه سواء رهنه مشاعا في نصيبه مثل أن يرهن بعض نصيبه أو رهن نصيبه من معين مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بينه . وقال القاضي يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء يمكن قسمته لاحتمال أن يقسم الشريكان فيحصل الرهن في حصة شريكه ، ولنا أنه يصح بيعه فصاح رهنه كغيره وما ذكره لا يصح لان الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن فيمنع من القسمة المضرة كما يمنع من بيعه .

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنابته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني وهو مذهب الشافعي ، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه وقد سبق الكلام فيه في موضعه ، ثم إن كان المرتهن عالماً بحاله فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة فأشبه المشتري إذا علم العيب ، وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لأن العيب زال فهو كما لو زال عيب المبيع ، وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطاً في عقد بيع لأن الشرط اقتضاء سليماً ، فإذا سلم إليه مبيعاً ملك الفسخ كالبيع وإن اختار امساكه فليس له أرش ولا شيء لأن الرهن بمجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بداه فبعضه أولى ، وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب إن له الارش في هذه المواضع قياساً على البيع ، وليس الأمر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويبيع في الجناية لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن ، فعلى هذا أن استغرق الارش قيمته يبيع وبطل الرهن ، وإن لم يستغرقها يبيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لأنه علق عتقه بصفة أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق

(فصل) ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني سواء كانت جنابته عمداً أو خطأ على النفس وما دونها ، وقال القاضي لا يصح رهن القاتل في المحاربة واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني والخلاف في ذلك مبني على الاختلاف في صحة بيعه وقد سبق . فإن كان المرتهن عالماً بالحال فلا خيار له لأنه دخل على بصيرة أشبه المشتري إذا علم العيب وإن لم يكن عالماً ثم علم بعد اسلام المرتد وفداء الجاني فكذلك لأن العيب زال فهو كزوال عيب المبيع وإن علم قبل ذلك فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطاً في العقد لأن العقد اقتضاء سليماً فإذا ظهر مبيعاً ملك الفسخ كالبيع وإن اختار امساكه فلا أرش له لأن الرهن بمجملته لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله فبعضه أولى وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص أو أخذ في الجناية فلا أرش للمرتهن ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الارش في هذه المواضع قياساً على البيع ، وليس الأمر كذلك فإن المبيع عوض عن الثمن فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ولو فات كله كتلف المبيع قبل قبضه رجع بالثمن كله والرهن ليس بعوض ، ولو تلف كله قبل القبض لما استحق الرجوع بشيء فكيف يستحق الرجوع ببدل عيبه أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يجبر ويبيع في الجناية لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن كما لو حدثت الجناية بعد الرهن فعلى هذا إن استغرق الارش قيمته يبيع وبطل الرهن وإن لم يستغرقها يبيع منه بقدر الارش والباقي رهن

(فصل) ويصح رهن المدبر في ظاهر المذهب بناء على جواز بيعه ومنع منه أبو حنيفة والشافعي لأنه علق عتقه بصفة أشبه ما لو كانت توجد قبل حلول الحق

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا يمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق . وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ، وفارق التدبير التعليق بصفة تحل قبل حلول الدين لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذرا استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنعه عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيها اذا علم التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن ، وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاة الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير لان الدين مقدم على التدبير ولا يبطل الرهن ، وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق منه ثلث الباقي وما بقي للورثة

(فصل) فاما المكاتب فالصحيح أنه لا يصح رهنه وهو مذهب الشافعي لان استدامة القبض في الرهن شرط في الصحيح ولا يمكن ذلك في المكاتب ، وقال القاضي قياس المذهب صحة رهنه وهو مذهب مالك لانه يجوز بيعه وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهنا معه فان عجز ثبت الرهن فيه وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ماداء من نجومه رهنا بمنزلة مالو كسب العبد القن ثم مات

(فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ومحل الحق آخره لم يصح رهنه لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ولا استيفاء الدين من ثمنه ، وإن كان الدين يحل قبها مثل أن يعلق عتقه ما خر رمضان والحق يحل في أوله صح رهنه لامكان استيفاء الدين من ثمنه . فان كانت تحتل الامرين كقدوم زيد فقياس المذهب صحة رهنه لانه في الحال محل للرهن يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه فصح رهنه كالريض والمدبر وهذا مذهب أبي حنيفة رضي

ولنا أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين أشبه الاجارة ولانه علق عتقه بصفة لا يمنع استيفاء الحق أشبه مالو علقه بصفة لا توجد قبل حلول الحق . وما ذكره ينتقض بهذا الاصل ، وفارق التدبير التعليق بصفة توجد قبل حلول الحق لان الرهن لا يمنع عتقه بالصفة فاذا عتق تعذرا استيفاء الدين منه فلا يحصل المقصود والدين في المدبر يمنعه عتقه بالتدبير ويقدم عليه فلا يمنع حصول المقصود ، والحكم فيها اذا علم وجود التدبير أو لم يعلم كالحكم في العبد الجاني على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء فعتق المدبر بطل الرهن وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاة الدين بيع المدبر في الدين وبطل التدبير ولا يبطل الرهن به وإن كان الدين لا يستغرقه بيع منه بقدر الدين وعتق ثلث الباقي وباقيه للورثة

(مسألة) (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه إلا على ثمنه في أحد الوجهين) لانه يصح بيعه فصح رهنه كما بعد القبض . فاما رهنه على ثمنه قبل قبضه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لوجوه ثلاثة (أحدهما) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولا والرهن يقتضي تسليم الثمن أولا (والثاني) أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي إيفاء الثمن منه (والثالث) أن البيع يقتضي امساك المبيع مضمونا والرهن يقتضي عدم الضمان وهذا يوجب تناقض الاحكام وأنما

الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه لأن فيه غرراً إذ يحتمل أن يفتق قبل حلول الحق ولاصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا

(فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ورهن ولدها دونها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يحصل بذلك تفرقة ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه والام مع ولدها . فإن دعت الحاجة الى بيعها في الدين يبيع ولدها معها لأن الجمع في العقد ممكن والتفريق بينهما حرام فوجب بيعه معها . فإذا بيعا معا تعلق حق المرهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن فإذا كانت قيمتها مائة مع أنها ذات ولد وقيمة الولد خمسون فخصتها ثلثا الثمن ، وإن لم يعلم المرهن بالولد ثم علم فله الخيار في الرد والامساك لأن الولد عيب فيها لكونه لا يمكن بيعه بدونها فإن أمسك فهو كما لو علم حال العقد ولا شيء له غيرها وإن ردها فله فسخ البيع إن كانت مشروطة فيه

(فصل) ويصح رهن ما يسرع اليه الفساد سواء كان مما يمكن اصلاحه بالتحفيف كالغنم والارطب أو لا يمكن كالبطيخ والطبيخ ثم إن كان مما يحفف فعلى الراهن تحفيفه لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته فيلزم الراهن كنفقة الحيوان ، وإن كان مما لا يحفف فانه يباع ويقضي الدين من ثمنه إن كان حالاً أو يحل قبل فساد ، وإن كان لا يحل قبل فساد جعل ثمنه مكانه رهنها سواء شرط في الرهن بيعه أو أطلق وقال اصحاب الشافعي : إن كان مما يفسد قبل محل الدين فشرط المرهن على الراهن بيعه وجعل ثمنه مكانه صح ، وإن أطلق فعلى قولين (أحدهما) لا يصح لأن يبيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن فلم يجب ولم يصح رهنه كما لو شرط أن لا يبيعه . وذكر القاضي فيه وجهين كالقولين

ولما إن العرف يقتضي ذلك لأن المالك لا يعرض ملكه للتلف والهلاك فإذا تعين حفظه في بيعه حمل عليه مطلق العقد كتحفيف ما يحفف والاتفاق على الحيوان وحرز ما يحتاج إلى حرز ، وأما إذا شرط أن لا يباع فلا يصح لأنه شرط ما يتضمن فساد وفوات المقصود فأشبهه ما لو شرط أن لا يحفف ما يحفف أولاً يتفق على الحيوان . وإذا ثبت ما ذكرناه فانه إن شرط للمرهن بيعه أو أذن له في

تحقق هذه المعاني إذا شرط رهنه قبل قبضه فإن شرط أنه يقبضه ثم يسلمه رهنها فانه يتحقق فيه بعض هذه المعاني ، وقد روي عن أحمد أنه قال إذا حبس بيقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهنها إلا أن يكون شرط عليه في نفس البيع . قال القاضي معناه شرط عليه رهنها غير المبيع فيكون له حبسه حتى يقبض الرهن فإن وفي له به والا فسخ (والوجه الثاني) يصح كما يصح لغير البائع فاما المكيل والموزون فذكر القاضي أنه يجوز رهنه قبل قبضه لأن قبضه مستحق فيمكن المشتري أن يقبضه ثم يقبضه وإنما لم يحز بيعه لأنه يفضي إلى ربح ما لم يضمن وهو منهى عنه ويحتمل أنه لا يصح رهنه لأنه لا يصح بيعه بربح ولا برأس مال ولا يصح هبته فكذلك رهنه

(مسألة) (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع في أحد الوجهين)

لا يصح رهن ما لا يجوز بيعه كأم الولد والوقف والعين المرهونة لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين المرهونة عند المرهن لم يحز فلو قال الراهن للمرهن زدني ما لا يكون الذي عندك رهننا به وبالدین الاول لم يحز ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وهو

بيعه بعد العقد أو اتفاقا على أن يبيعه الراهن أو غيره بآءه ، وان لم يكن ذلك بآءه الحاكم وجعل ثمنه رهنا ولا يقضي الدين من ثمنه لانه ليس له تمجيل وفاة الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم ان رهنه ثيابا يخاف تلفها أو حيوانا وخاف موته . قال أحمد فيمن رهن ثيابا يخاف فسادها كالصوف أتى السلطان فأمره ببيعها

(فصل) ويجوز رهن المصير لانه يجوز بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالمريض والجاني . ثم ان استحالة الى حال لا يخرج فيها عن المالية كالحل فالرهن بآءه ، وان صار خرا زال لزوم العقد ووجب اراقته فان أريق بطل العقد فيه ولا خيار للمرهن لان التلف حصل في يده وإن عاد خلا عاد الزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرهن عن الرهن ثم عادت اليه ، وان استحالة خرا قبل قبض المرهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لانه عقد ضيق لعدم القبض فيه فأشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضي أن المصير إذا استحالة خرا بعد القبض بطل الرهن ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهونا بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن أيضا لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة هو رهن بآءه لانه كانت له قيمة حالة كونه عصيرا ، ويجوز أن يصير له قيمة فلا يجوز أن يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ولان اليد لم تزل عنه حكما ولهذا لو غصبه غاصب فتدخل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه لإنسان فتدخل في يده كان له دون من أراقه وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى إلا أن يقولوا ببقاء الزوم فيه حال كونه خرا ولم يظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم على عوده رهنا باستحالاته خلا ، وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحا من غير ابتداء عقد فان قالوا يمكن عوده صحيحا لعود المعنى الذي بطل بزواله كما ان زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينها فاذا أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين . قلنا هناك ما زالت الزوجية ولا بطل العقد ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد إلا بعقد جديد ، وإنما العقد كان موقوفا مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبينا أنه لم يبطل ، وان لم يسلم تبينا أنه كان قد بطل وهنا قد جزمتم ببطلانه

أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف والمزني وأبو ثور وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنا جاز فكذلك إذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدا المرهن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبإفدائه به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة تجاوزت الزيادة فيها كالضمان ، ولنا أنها عين مرهونة فلم يحجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرهن . فاما الزيادة في الرهن فتجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، فاما العبد الجاني قلنا فيه منع وان سلمنا فاما يصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء والمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولان لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والرهن الجائز تجوز الزيادة فيه فكذلك إذا صار جائزا بالجناية ، ويقارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لغيره ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق بان كان رهنا بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يعتقدان فساداه لم يكن لها أن يشهدا به وان اعتقدا صحته جاز ان يشهدا بكيفية الحال ولا يشهدان أنه رهنه بالحقين مطلقة

(فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع أو الزرع الأخضر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجوز وهو اختيار القاضي لأن الغرر يقل فيه فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة المراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لا يصح وهو منصوص الشافعي لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه، وذكر القاضي أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه كالكيل والموزون قبل قبضه لأن قبضه مستحق فيمكن المشتري قبضه ثم يقبضه. أما البيع فإنه يفضي إلى أن يرجع فيما لم يضمن وهو منهى عنه، ويحتمل أن لا يصح رهنه لأنه لا يصح بيعه

(فصل) وفي رهن المصحف روايتان (إحداها) لا يصح رهنه نقل الجماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح رهنه فإنه قال: إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بأذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه كغيره

(فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سواه إلى وقت معلوم ففعل إن ذلك جائز، وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لأن الضرر يتنقل بذلك فاحتيج إلى ذكره كاصل الرهن، ومتى شرط شيئاً من ذلك تخالف ورهنه بغيره لم يصح الرهن لأنه لم يؤذن له في هذا الرهن فأشبهه من لم يأذن في أصل الرهن، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ذلك وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه مثل أن يأذن له في رهنه بمائة

(فصل) ويصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع والزرع الأخضر في أحد الوجهين: اختاره القاضي لأن الغرر يقل فيه فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة المراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، ومتى حل الحق بيع، وإن اختار المرتهن تأخير بيعه فله ذلك (والثاني) لا يصح وهو منصوص الشافعي لأنه لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه كسائر ما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن رهن ثمرة إلى محل تحدث فيه أخرى لا تتميز فالرهن باطل لأنه مجهول حين حلول الحق ولا يمكن امضاء الرهن على مقتضاه، وإن رهنها بدين حال أو شرط قطعها عند خوف اختلافها جاز لأنه لا غرر فيه، فإن لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطال الرهن لأنه وقع صحيحاً، لكن إن سمح المراهن ببيع الجميع أو اتفاقاً على قدر منه جاز، وإن اختلفا وتشاحا فالقول قول المراهن مع يمينه لأنه منكر

(فصل) ولا يصح رهن المصحف في إحدى الروايتين نقل جماعة عنه لا أرخص في رهن المصحف وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه ولا يحصل ذلك إلا ببيعه وبيعه غير جائز (والثانية) يصح فإنه قال إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بأذنه فظاهر هذا صحة رهنه وهو قول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي بناء على أنه يصح بيعه فيصح رهنه كغيره والخلاف في ذلك مبني على جواز بيعه وقد ذكرناه في كتاب البيع

فيرهنه بخمسين صح لان من اذن في مائة فقد اذن في خمسين ، وان رهنه باكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمال أن يبطل في الكل لانه خالف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهه بدراهم أو بحال فرهه بموئل أو بموئل فرهه بحال فانه لا يصح كذلك ههنا وهذا منصوص الشافعي (والوجه الثاني) أنه يصح في المائة ويبطل في الزائد عليها لان العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة ويفارق ما ذكرنا من الاصول فان العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال ، وكل واحد من هذه الامور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فان الراهن قد يقدر على فكاه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس ، وقد يقدر على فكاه بأحد التقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالخالفه ، وفي مسئلتنا اذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فان أطلق الرهن في الاذن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي (والآخر) لا يجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لان هذا بمنزلة الضمان لان منفعة العبد لسيدته والعارية ما أفادت المنفعة ، انما حصلت له نفعاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح . ولنا انها عارية فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك كالعارية لغير الرهن ، والدليل على انه عارية انه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة ، وقولهم انه ضمان غير صحيح لان الضمان يثبت في الذمة وهذا ثبت في الرقبة ، ولان الضمان لازم في حق الضامن وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكاه بعده ، وقولهم ان المنافع للسيد . قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يخيط لسيدته أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليخيط له ويحفظ المتاع لسيدته . فان قيل لو كان عارية لما صح رهنه لان العارية لا تلزم والرهن لازم . قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فان لصاحب العبد المطالبة بفكاه قبل حلول الدين ، ولان العارية قد تكون لازمة بدليل مالو أعاره حائطاً ليبني عليه أو أرضاً ليدفن فيها أو ليزرع فيها مالا يحصد قصيلاً . اذا ثبت هذا فانه يصح رهنه بما شاء الى أي وقت شاء بمن شاء لان الاذن يتناول الكل باطلاقه وللسيد مطالبة الراهن بفكاه الرهن حالا كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبل محله لان العارية لا تلزم ، ومتى حل الحق فلم يقبضه فلم يرتب بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة أو مثلها إن كانت من ذوات الامثال ، ولا يرجع بما بيعت به سواء بيعت بأقل من القيمة أو أكثر في أحد الوجهين ، والصحيح أنها إن بيعت بأقل من قيمتها رجع بالقيمة لان العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت باكثر رجع بما بيعت به لان العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو أسقط المرتب حقه عن الراهن رجع الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجع به عليه ، ولا يلزم من وجوب ضمان النقص أن لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه ، وإن تلف الرهن ضمنه الراهن بقيمته سواء تلف بتفريط أو غير تفريط نص على هذا أحمد وذلك لان العارية مضمونة

(مسألة) (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر)

اختاره القاضي لانه عقد يقتضي قبض المعقود عليه والتسليم على بيعه فلم يجوز كالبيع ، واختار

(فصل) وإن فك المير الرهن فأدى الدين الذي عابه باذن الراهن رجع عليه ، وإن قضاء متبرعاً لم يرجع بشيء وإن قضاء بغير إذنه محتسباً بالرجوع بغير إذنه فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ويترجع الرجوع ههنا لأن له المطالبة بفكك عبده وأداء دينه فكاً كه وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ، وإن شهد المرتهن للمير قبلت شهادته لانه لا يجز بها نقماً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بعشرة قال بل بخمسة فالقول قول المالك لانه منكر للزيادة وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاء حالاً باذنه رجع به حالاً ، وإن قضاء بغير اذنه فقال القاضي يرجع به حالاً أيضاً لانه له المطالبة بفكك عبده في الحال

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهنه عند رجلين صح لان تعيين ما يرهن به ليس بشرط فكذلك من يرهن عنده ولان رهنه من رجلين أقل ضرراً من رهنه عند واحد لانه ينفك منه بمضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما لو كان رهناً عند واحد ، فعلى هذا إذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنيين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحد بمائة فقضاء نصفها عن أحد النصيين ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفك من الرهن شيء لانه عقد واحد من راهن واحد مع مرتهن واحد فأشبه ما لو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لان كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهناً بأكثر منها كما لو صرح له بذلك فقال ارهن نصيبي بخمسين لا تزدد عليها فعلى هذا الوجه ان كان المرتهن مالماً بذلك فلا خيار له وان لم يكن مالماً بذلك ، والرهن مشروط في بيعه احتمال أن يكون له الخيار لانه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصفه وان قضى نصف دين أحدهما انفك في نصيب أحدهما على أحد الوجهين وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما والله أعلم

(فصل) ولو كان ارجاين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبدين فرهنهما عند رجل مطلقاً صح فإن شرط أحدهما انني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر وفي قدر نصيبي من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لانه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لان في هذا الشرط نقصا على المرتهن . وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن فأما ان شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين فهو فاسد أيضاً لانه شرط ان يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين

(فصل) ولا يصح رهن مالا يصح بيعه كأم الولد والوقف والعين الموهونة لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه ومالا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه ولو رهن العين الموهونة عند المرتهن لم يجز فلو قال الراهن المرتهن زدني مالا يكون الرهن الذي عندك رهناً به وبالدين الاول لم يجز وبهذا قال

أبو الخطاب صحته اذا شرطاً كونه على يد مسلم وبيعه الحاكم اذا امتنع ما لكه وهذا أولى لان مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

أبو حنيفة ومحمد وهو أحد قولي الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف وأبو ثور والمزني وابن المنذر يجوز ذلك لانه لو زاده رهنا جاز فكذلك اذا زاد في دين الرهن ولانه لو فدى المرتن العبد الجاني باذن الراهن ليكون رهنا بالمال الاول وبما فداء به جاز فكذلك ههنا ولانها وثيقة محضة فجازت الزيادة فيها كالضمان

ولنا أنها عين مرهونة فلم يحجز رهنها بدين آخر كما لو رهنها عند غير المرتن ، فاما الزيادة في الرهن فيجوز لانه زيادة استيثاق بخلاف مسئلتنا ، واما العبد الجاني فيصح فداؤه ليكون رهنا بالفداء وبالمال الاول لكون الرهن لا يمنع تعلق الارش بالجاني لكون الجناية أقوى ولأن لولي الجناية المطالبة ببيع الرهن واخراجه من الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه ويجوز ان يزيد في الرهن الجائز حقاً قبل نزومه فكذلك اذا صار جائزاً بالجناية ويفارق الرهن الضمان فانه يجوز أن يضمن لنفسه ، اذا ثبت هذا فرهنه بحق ثان كان رهناً بالاول خاصة فان شهد بذلك شاهدان يتقدان فساداه لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقاً بل يشهدان بكيفية الحال ليرى الحاكم فيه رأيه

(فصل) وأما رهن سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فالصحيح في المذهب أنه لا يجوز بيعها فكذلك رهنها وهذا منصوص الشافعي وما كان فيها من بنائها فحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير تراها أو الشجر المجدد فيها إن أفرد به بالبيع والرهن فهل يصح ؟ على روايتين نص عليهما في البيع (احدهما) يصح لانه طلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه فهو كاساسات الحيطان ، وإن رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء على الرواية التي يجوز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصنفين وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه (فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لا يصح لانه مجهول ، وإن لم يقل بما فيها صح للعالم بها الا أن يكون ذلك ممالاً قيمة له كالجراب الخلق ونحوه . ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وفي الجملة

(فصل) ولا يصح رهن المجهول لانه لا يصح بيعه ، فلو قال رهنتك هذا الجراب أو البيت أو الخريطة بما فيها لم يصح للجهالة وإن لم يقل بما فيها صح للعالم بها ، ولو قال رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح لعدم التعيين ، وقال أبو حنيفة يصح لانه يصح بيعه عنده بشرط الخيار له وقد ذكر في البيع وفي الجملة أنه يعتبر للعالم في الرهن ما يعتبر في البيع ، وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الا بق ولا الشارذ ولا غير مملوك لانه لا يصح بيعه

(فصل) فأما سواد العراق والارض الموقوفة على المسلمين فظاهر المذهب أنه لا يجوز رهنها لانه لا يجوز بيعها وهذا منصوص الشافعي وحكم بنائها حكمها ، فان كان فيها من غير تراها أو الشجر المتجدد فيها فانه يصح افراده بالبيع والرهن في احدي الروايتين نص عليهما في البيع لانه طلق (والثانية) لا يجوز لانه تابع لما لا يجوز رهنه فهو كاساسات الحيطان ، وإن رهنه مع الارض بطل في الارض ، وهل يجوز في الاشجار والبناء إذا قلنا بجواز رهنها منفردة ؟ يخرج على الروايتين في تفريق الصنفين وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه

أنه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في المبيع وكذلك القدرة على التسليم فلا يصح رهن الآبق ولا الجمل الشارد ولا غير مملوك

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقه مفضوفاً فإن ملكه مثل أن رهن عبد أبيه فإن أن أباه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث أو وكل إنسانا يشتري له عبداً من سيده ثم إن الموكل باع العبد أو رهنه يعتقه لسيده الأول فإن أن تصرفه بعد شراء الوكيل له ونحو ذلك صح تصرفه لأنه تصرف صدر من أهله وصادف ملكه فصح كما لو علم ويحتمل أن لا يصح لأنه اعتقه باطلاً

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح تصرفه ويبطل خياره ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وكذلك بيعه وتصرفاته ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها لم يصح لأنه رهن مالا يملكه وكذلك لو رهن الأب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لم يصح لما ذكرناه وللشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) يصح لأن له استرجاع العين فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجرة يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الأولى إلى محل يحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهن باطل لأنه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فلم يصح كما لو كان مجهولاً حين العقد وكما لو رهنه أياها بعد اشتباهاها، فإن شرط قطع الأولى إذا خيف اختلاطها بالثانية صح ، فإن كان الحمل المرهون بحق حال وكانت الثمرة الثانية تتميز من

(فصل) ولو رهن عبداً أو باعه يعتقه مفضوفاً فإن ملكه نحو أن يرهن عبداً بغيره فيبين أنه قد مات وصار العبد ملكه بالميراث ، أو وكل إنسانا يشتري له عبداً فباعه الموكل ، أو رهنه يعتقه لسيده الأول وكان تصرفه بعد شراء وكيله ونحو ذلك صح تصرفه لأنه صادف ملكه فصح كما لو علم ، ويحتمل أن لا يصح لأنه اعتقه باطلاً

(فصل) ولو رهن المبيع في مدة الخيار لم يصح إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده فيصح ويبطل خياره . ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي ، ولو أفلس المشتري فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع لم يصح لأنه رهن مالا يملكه ، وكذلك رهن الأب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها لما ذكرناه وفيه وجه لأصحاب الشافعي أنه يصح لأن له استرجاع العين وتصرفه فيها يدل على الرجوع . ولنا أنه رهن مالا يملكه بغير إذن المالك ولا ولاية عليه فلم يصح كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول

(فصل) ولو رهن ثمرة شجرة يحمل في السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الحمل الأول إلى محل يحدث الحمل الثاني على وجه لا يتميز لم يصح لأنه مجهول حين حلول الحق فلا يمكن استيفاء الدين منه فأشبه ما لو كان مجهولاً حين العقد ، وإن شرط قطع الحمل الأول إذا خيف اختلاطه بالثاني صح ، وإن كان الحمل المرهون بحق حال أو كان الثاني يتميز عن الأول إذا حدث فالرهن صحيح ، فإن وقع التواني في قطع الحمل الأول حتى اختلط بالثاني وتمازى التمييز لم يبطل الرهن لأنه وقع صحيحاً وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله فعلى هذا أن سبيع الراهن يكون الثمرة رهنها كلها أو أختار

الاولى اذا حدثت فالرهن صحيح ، فان وقع التواني في قطع الاولى حتى اختلطت بالثانية وتعذر التمييز لم يطل الرهن لانه وقع صحيحاً ، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله . فبلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهناً أو اتفاقاً على قدر المرهون منهما فحسن ، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يثق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازة أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يثق على السيد لم يصح لان مافي يده ملك لسيدته فقد صار حراً بشرائه إياه

(فصل) ولو رهن الوارث تركه الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحدا الوجهين ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح اذا كان على الميت دين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون على قدر المرهون منهما فحسن ، وإن اختلفا فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن لانه منكر للقدر الزائد والقول قول المنكر

(فصل) ولو رهنه منافع داره شهراً لم يصح لان مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه والمنافع تهلك الى حلول الحق ، وإن رهنه أجرة داره شهراً لم يصح لانها مجهولة وغير مملوكة

(فصل) ولو رهن المكاتب من يثق عليه لم يصح لانه لا يملك بيعه وأجازة أبو حنيفة لانهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبد المأذون من يثق على السيد لم يصح لان ما في يده لسيدته فقد صار حراً بشرائه

(فصل) ولو رهن الوارث تركه الميت أو باعها وعلى الميت دين صح في أحدا الوجهين . وفيه وجه أنه لا يصح ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح إذا كان الدين يستغرق التركة لانه تعلق به حق آدمي فلم يصح رهنه كالمرهون . ولذا أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون فان الحق تعلق باختياره وفي مسئلتنا تعلق بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق يثبت من غير إثباته كالزكاة والجنابة فإنه لا يمنع رهنه ، فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله ، وإن لم يقض الحق فللعزماء انتزاعه لان حقهم سابق والحكم فيه كالحكم في الجاني ، وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت ببيع ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل ان وقع انسان أو هيمة في بئر حفرها في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ ، فان قضى الحق من غيره نفذ والا فسخ البيع والرهن وعلى الوجه الآخر لا يصح تصرفه والله أعلم

(فصل) ولا يصح الرهن والارتهان الا من جائز الامر وهو المكلف الرشيد غير المحجور عليه لصغر او سفه او فلس لانه نوع تصرف في المال فلم يصح من غير اذن من المحجور عليه كالبيع ويعتبر ذلك في حال رهنه وأقباضه لان العقد والتسليم ليس بواجب وإنما هو الى اختيار الراهن ، فاذا لم

ولما أنه تصرف صادف ملكه ولم يعلق به حقاً فصح كما لو رهن المرتد وفارق المرهون لأن الحق تعلق به باختياره فأما في مسئلتنا فالحق تعلق به بغير اختياره فلم يمنع تصرفه وهكذا كل حق ثبت من غير اثباته كالزكاة والجناية فلا يمنع رهنه فاذا رهنه ثم قضى الحق من غيره فالرهن بحاله . وإن لم يقض الحق فللغرماء انتزاعه لأن حقهم أسبق والحكم فيه كالحكم في الجاني وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه أو حق تجدد تعلقه بالتركة مثل أن وقع انسان أو بهيمة في بئر حفرة في غير ملكه بعد موته فالحكم واحد وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ فإن قضى الحق من غيره نفذ وإلا فسخ البيع والرهن

(فصل) قال القاضي لا يصح رهن العبد المسلم لكافر ، واختار أبو الخطاب صحة رهنه إذا شرطاً كونه على يد مسلم ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه وهذا أولى لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا قبض الرهن من تشارطاً أن يكون على يديه صار مقبوضاً)

وجملته أن المتراهنين إذا شرطاً كون الرهن على يدي رجل رضا به واتفقا عليه جاز وكان يكن له اختيار صحيح لم يصح منه كالبيع ، فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض أو مات لم يبطل الرهن لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين أو موته تابع في مدة الخيار . ويقوم ولي المجنون مقامه فإن كان المجنون الراهن وكان الحظ في التقييض مثل أن يكون شرطاً في بيع يستضر بفسخه ونحوه أقبضه . وإن كان الحظ في قبضه لم يحز له تقييضة ، وإن كان المجنون المرتهن قبضه عليه فاذا مات قام وارثه مقامه في القبض فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقييضة لأنهم يقومون مقام الراهن ولم يلزمه ذلك ، فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين فللورثة تقييضة الرهن ، وإن كان عليه دين سواء فظاهر المذهب أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن نص عليه في رواية علي بن سعيد وهو مذهب الشافعي ، وذكر القاضي فيه رواية أخرى أن لهم ذلك اخذاً بما نقل ابن منصور وأبو طالب عن أحمد أنه قال : إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت أو قبله . قال شيخنا : وهذا لا يعارض ما نقله علي بن سعيد لأنه خاص وهذا عام والاستدلال به على هذه الصورة يضعف جداً لندرتها فكيف يعارض بها الخاص ، لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنيًا على الرواية التي لا يعتبر فيها القبض في غير المكيل والموزون فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ووجب تقييضة على الراهن فكذلك على وارثه ويختص ذلك بغير المكيل والموزون وأما ما يلزم الرهن فيه فليس للورثة تقييضة لأن الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقه في الرهن فلم يحز تخصيصه به بغير رضاهم كما لو أفلس الراهن إذا قلنا إن للورثة التصرف في التركة ووفاء الدين من أموالهم ، فإن قيل فالفائدة في القول بصحة الرهن إذا لم يختص المرتهن به ؟ قلنا فائدته أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه قيم الرهن ، وسواء فيها ذكرنا ما بعد الاذن في القبض وقبله لأن الاذن يبطل بالجنون والموت والاعماء والحجر

(فصل) ولو حجر على الراهن لفلس قبل التسليم لم يكن له تسليمه لأن فيه تخصيصاً للمرتهن بسننه وليس له تخصيص بعض غرمائه ، وإن حجر عليه لسفه فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون على

وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض فتى قبضه صح قبضه في قول جماعة الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحكم والحارث المكي وقتادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول . ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض ، وفارق القبول لان الإيجاب اذا كان لشخص كان القبول منه لانه يخاطب به ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضا وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه ، إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجمل الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف مسلماً كان أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ذكراً أو أنثى ولا يجوز أن يكون صبياً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلاً كان قبضه وعدم القبض واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيده لان منافع العبد لسيده فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذن فان أذن له السيد جاز وأما المكاتب فان كان بجمل جاز لان له الكسب وبذل منفعه بغير إذن السيد وإن كان بغير جمل لم يحجز لانه ليس له التبرع بمنافعه

(فصل) فان جملا الرهن في يد عدلين جاز ولها إمساكه ولا يجوز لاحدهما الانفراد بحفظه .

ما أسلفنا ، وان أغني عليه لم يكن للمرتهن قبض الرهن وليس لاحد تقييضه لان المغني عليه لا تثبت عليه الولاية ، وإذا أغني على المرتهن لم يكن لاحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن وانتظار إفاقته ، وإن خرس وكانت له كتابة مفهومة أو إشارة معلومة فحكمه حكم المتكلمين ، وإن لم تفهم اشارته ولا كتابته لم يحجز القبض ، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض فحكمه حكم من لم يأذن لان اذنه يبطل بما عرض لهم

(مسئلة) (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في لزوم)

لا يلزم الرهن الا بالقبض ويكون قبل القبض رهنا جائزاً يجوز للراهن فسخه ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وسواء في ذلك المكيل والموزون وغيره ، وقال بعض أصحابنا في غير المكيل والموزون رواية أخرى أنه يلزم بمجرد العقد كالبيع وقد نص عليه أحمد في رواية الميوني ، وقال مالك يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض لانه عقد يلزم بالقبض فلزم قبله كالبيع ووجه الاولى قوله تعالى (فرهان مقبوضة) وصفها بكونها مقبوضة ، ولانه عقد ارفاق يفتقر الى القبول فافتقر الى القبض كالقرض ولانه رهن لم يقبض فلا يلزم اقباضه كالمومات الراهن ، فعلى هذا إن تصرف الراهن فيه قبل القبض هبة أو بيع أو عتق ، أو جعله صداقاً أو رهناً ثانياً بطل الرهن الاول سواء قبض الهبة والبيع والرهن الثاني أو لم يقبضه لانه أخرجه عن امكان استيفاء الدين من ثمنه أو فعل ما يدل على قصده ذلك ، وإن دبره أو أخرجه أو زوج الامه لم يبطل الرهن لان هذا التصرف لا يمنع البيع فلا يمنع صحة الرهن ولانه لا يمنع ابتداء الرهن فلا يقطع استدامته كاستخدامه ، وإن كاتب العبد الرهن انبني على صحة رهن المكاتب ، فان قلنا يجوز رهنه لم يبطل الرهن كالتدبير ، وان قلنا لا يجوز بطل الرهن كما لو أعتقه

(فصل) فان قلنا إن ابتداء القبض شرط في لزوم الرهن فاستدامة القبض شرط لانها احدى حالتي الرهن فأشبهت الابتداء ، وان قلنا إن الابتداء ليس بشرط في لزوم الرهن فكذلك الاستدامة

(مسئلة) (فان أخرجه المرتهن الى الراهن باختياره زال لزوم الرهن)

وإن سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لأنه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وفي الآخر إذا رضي أحدهما بأمسك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسامه والا فلكل واحد منها أمسك جميعه لأن اجباها على حفظه يشق عليها تحمل الامر على أن لكل واحد منها الحفظ ، ولنا أن المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما فلم يجز لاحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ليس كذلك فإنه يمكن جعله في مخزن لكل واحد منهما عليه قفل

(فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الامانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لاحدهما ولا للآخر نقل الرهن عن يده لانهما رضا به في الابتداء وان اتفقا على نقله جاز لان الحق لهما لم يعبدا . وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للآخر نقله عن يده ، وان تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف عن الحفظ أو حدثت عداوة بينه وبين أحدهما فلمن طلب نقله عن يده ذلك ويضمانه في يد من يتفقان عليه فان اختلفا وضعه الحاكم على يد عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما يظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن

وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض سواء أخرجه باجارة أو اعادة أو إيداع أو غير ذلك ، فإذا عاد فرد به عاد الزوم بحكم العقد السابق لأنه أقضه باختياره فلمزم به كالاول قال احمد في رواية ابن منصور : إذا ارهن داراً ثم أكرها صاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت اليه صارت رهناً ، وقال فيمن رهن جارية ثم سأل المرتهن أن يبعثها اليه لتخبز لهم فبعث بها فوطئها انتقلت من الرهن فان لم يكن وطئها فلا شيء . قال أبو بكر : لا تكون رهناً في تلك الحال ، فإذا ردها رجعت إلى الرهن ومن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة وهذا التفريع على القول الصحيح ، فاما على قول من قال ابتداء القبض ليس بشرط فاولى أن يقول الاستدامة غير مشروطة لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة يعتبر في الابتداء وقد يعتبر في الابتداء مالا يعتبر في الاستدامة ، وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطاً لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم تشترط استدامته كالهبة

ولنا قول الله تعالى (فرهان مقوضة) ولأنها إحدى حالي الرهن فكان القبض فيه شرطاً كالابتداء ويفارق الهبة فان القبض في ابتدائها يثبت الملك فإذا ثبت استثنى عن القبض ثانياً والرهن يراد للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء الدين منه ، فإذا لم يكن في يده لم يتمكن من بيعه وإن أزيات يد المرتهن بغير حق كالغصب والسرقة أو إباق العبد أو ضياع المتاع ونحو ذلك لم يزل لزوم الرهن لأن يده ثابتة حكماً فكانت له منزلة (مسئلة) ولو رهنه عصبراً فتخمر زال لزومه ، فان تخال عاده لزومه بحكم العقد السابق

يصح رهن العصب لأنه يصح بيعه وتعرضه للخروج عن المالية لا يمنع صحة رهنه كالقبض والجاني فان صار إلى حال لا يخرج فيها عن المالية كالحل فهو رهن بحاله ، وان تخمر زال لزوم العقد ووجب اراقته فان أربق بطل العقد ولا خيار للمرتهن لأن التلف حصل في يده ، فان عاد خلا عاد الزوم بحكم العقد السابق كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ثم عادت اليه وان استحال خيراً قبل قبض المرتهن له بطل الرهن ولم يعد بعوده خلا لأنه عقد ضعيف لعدم القبض فاشبه اسلام أحد الزوجين قبل الدخول

فانكر بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . وان مات العدل أو المرهن لم يكن لورثتها امساكه الا بتراضيهما فان اتفقا على ذلك جاز وان اتفقا على عدل يضمانه على يده فلهما ذلك لان الحق لهما فيفوض أمره اليهما . فان اختلف الراهن والمرهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرهن رفعا الامر الى الحاكم ليضعه على يد عدل وإن كان الرهن في يد اثنين فأت أحدهما أو تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة بين أحد المتراهنين أقيم مقامه عدل ينضم الى العدل الآخر فيحفظان معاً (فصل) ولو أراد العدل رده عليهما فله ذلك وعليهما قبوله ، وبهذا قال الشافعي لانه أمين متطوع بالحفظ فلا يلزمه المقام عليه فان امتعا أجبرهما الحاكم فان تغيبا نصب الحاكم أمينا يقبضهما لان للاحكام ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه ، ولو دفعه الى الامين من غير امتاعهما ضمن وضمن الحاكم لانه لا ولاية له على غير الممتنع وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما ضمن وضمن القابض وان امتعا ولم يجد حاكما فتركه عند عدل آخر لم يضمن . وان امتع أحدهما لم يمكن له دفعه الى الآخر فان فعل ضمن . والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما ، هذا فيما إذا كانا حاضرين فأما إذا كانا غائبين نظرت فان كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه رفعه الى الحاكم

وذكر القاضي أن العصير إذا استحال خيراً بعد القبض بطل الرهن أيضا ، ثم إذا عاد خلا عاد ملكا لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق لانه يعود مملوكا بحكم الملك الاول فيعود حكم الرهن لانه زال بزوال الملك فيعود بعوده وهذا قول الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة : هو رهن بحاله لانه كانت له قيمة حال كونه عصيراً ويجوز أن يصير له قيمة فلا يزول الملك عنه كما لو ارتد الجاني ، ولان اليد لم تزل عنه حكماً بدليل أنه لو غصبه غاصب فتدخل في يده كان ملكا للمغصوب منه ، ولو زالت يده كان ملكا للغاصب كما لو أراقه فجمعه إنسان فتدخل في يده كان له دون من أراقه ، وهذا القول هو قولنا الاول في المعنى الا أن يقولوا ببقاء الزوم فيه حال كونه خيراً . قال شيخنا : ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد انفاقهم على عوده رهنا باستحالته خلا وأرى القول ببقائه رهنا أقرب الى الصحة لان العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد ، فان قالوا يمكن عوده صحيحاً لعود المعنى الذي بطل بزواله كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد لاختلاف دينها فان أسلم الزوج في العدة عادت الزوجية بالعقد الاول لزوال الاختلاف في الدين ، فاما هناك مازالت الزوجية ولا بطل العقد ، ولو بطل بانقضاء العدة لما عاد الا بعقد جديد وانما العقد كان موقوفاً مراعى ، فاذا أسلم في العدة تبين انه لم يبطل وان لم يسلم تبين انه كان قد بطل وهنا قد جزمتم بطلانه ، وعنه ان القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط ويلزم بمجرد العقد كالباع ، فعلى هذا ان امتنع الراهن من تقبضه أجبر عليه كالباع ، فان رده المرهن على الراهن بعارية أو غيرها ثم طلبه أجبر الراهن على رده لان الرهن صحيح والقبض واجب فيجبر عليه كيجه

(فصل) واذا استعار شيئاً ليرهنه جاز ، قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ففعل ان ذلك جائز وينبغي أن يذكر المرهن والقدر الذي يرهنه به وجنسه ومدة الرهن لان الضرر يختلف بذلك ، فاحتيج الى بيانه كاصل الرهن ومتى شرط شيئاً من ذلك تخالف ورهنه بغيره لم

فقبضه منه أو نصب له عدلاً يقبضه لهما فإن لم يجد حاكماً أودعه عند نفسه وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده مع وجود الحاكم فإن فعل ضمن فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة إلى مسافة القصر قبضه الحاكم منه فإن لم يجد حاكماً دفعه إلى عدل وإن كانت الغيبة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأن ما دون مسافة القصر في حكم الإقامة وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فحكمها حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منها وفي جميع هذه الأقسام متى دفعه إلى أحدهما لزمه رده إلى يده وإن لم يفعل فعليه ضمان حق الآخر

(فصل) إذا كان الرهن على يدي عدل وشرط له أن يبيعه عند حلول الحق صح ويصح بيعه، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي فإن عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ولم يملك البيع، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا ينزل لأن وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه، وقال ابن أبي موسى ويتوجه لنا مثل ذلك فإن أحد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن فإنه يشترط ذلك للدرتهن إيجبه إليه ثم يعزله والاول هو المنصوص عنه لأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات وكونه من حقوق الراهن لا يمنع من

يصح الرهن لانه لم يؤذن له فيه أشبه من لم يأذن في أصل الرهن وهذا إجماع حكاه ابن المنذر فإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه صح لأن من أذن في شيء فقد أذن في أقل منه وإن رهنه بأكثر احتمل أن يبطل في الكل لانه خائف المنصوص عليه فبطل كما لو قال ارهنه بدنانير فرهنه بدرهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بالعكس فإنه لا يصح وهذا منصوص الشافعي، واحتمل أن يصح في القدر المأذون فيه ويبطل في الزائد عليه لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فصح فيما يجوز دون غيره كتفريق الصفقة، ويفارق ما ذكرنا من الأصول فإن العقد لم يتناول ما أذونا فيه بحال وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر فإن الراهن قد يقدر على فكائه في الحال ولا يقدر على ذلك عند الاجل وبالعكس، وقد يقدر على فكائه بأحد التقدين دون الآخر فيفوت الغرض بالخالفه وفي مسئلتنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض فإن أطلق الأذن في الرهن من غير تعيين فقال القاضي يصح وله رهنه بما شاء وهو قول أصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي، والآخر لا يجوز حتى يتبين قدر الذي يرهنه به وصفته وحلوله وتأجيله لأن هذا بمنزلة الضمان لأن منفعة العبد لسيدته والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نقلاً بكون الرهن وثيقة عنه فهو بمنزلة الضمان في ذمته وضمان المجهول لا يصح

ولنا أنها عارية فلم يشترط لصحتها كذا ذلك كالعارية لغير الرهن والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير عوض فكان عارية كقبضه للخدمة، وقولهم إنه ضمان غير صحيح لأن الضمان يثبت في الذمة وهذا يثبت في الرقبة، ولأن الضمان لازم في حق الضامن وهذا له الرجوع في العبد قبل الرهن والزام المستعير بفاكه بعده، وقولهم أن المنافع للسيد قلنا المنافع مختلفة فيجوز أن يستعيره لتحصيل منفعة واحدة وسائر المنافع للسيد كما لو استعاره لحفظ متاع وهو مع ذلك يحيط لسيدته أو يعمل له شيئاً أو استعاره ليحيط له ويحفظ المتاع لسيدته، فإن قيل لو كان عارية لما صح رهنه لأن العارية لا تلزم والرهن لازم، قلنا العارية غير لازمة من جهة المستعير فإن لصاحب العبد

جوازه كما لو شرط الرهن في البيع فانه لا يصير لازماً وكذلك لو مات الراهن بعد الاذن انفسخت الوكالة وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع فللمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن بشئنه كما لو امتنع الراهن من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزله المرتهن فلا ينزل لأن العدل وكيل الراهن إذ الرهن ملكه ولو انفرد بتوكيله صح فلم ينزل بعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزله فحل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يحز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لأن الاذن قد وجد مرة فيكفي كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً آخر أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه يكون له غرض في قضاء الحق من غيره والاول أولى فان الاذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الاذن بخلافه بدليل ما لو جدد الاذن له ، بخلاف المرتهن فان المبيع يقتدر الى مطالبته بالحق ومذهب الشافعي نحو من هذا

(فصل) ولو أتلف الرهن في يد العدل أجني فعلى الجاني قيمته يكون رهناً في يده وله المطالبة بها لانها بدل الرهن وقائمة مقامه وله إمساك الرهن وحفظه فان كان المتراهنان أذنا له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع قيمته لأن له بيع تمام الرهن تبعاً للأصل فالقيمة أولى . وقال

المطالبة بفكاكه قبل حلول الدين ، ولأن العارية قد تكون لازمة فيما اذا اعاره حائطاً لينبي عليه او أرضاً ليزرع فيها مالا يحصد قصيلاً ، ثم هو منقوض بما اذا استعاره ليرهنه بدين موصوف عند رجل معين الى اجل معلوم . إذا ثبت ذلك فانه يصح رهنه بما شاء الى اي وقت شاء لأن الاذن يتناول الكل باطلاقة وللسيد مطالبة الراهن بفكاكه حالاً كان او مؤجلاً في محل الحق وقبله لأن العارية لا تلزم ومتى حل الحق فلم يقبضه فللمرتهن بيع الرهن واستيفاء الدين من ثمنه ويرجع المعير على الراهن بالضمان وهو قيمة العين المستعارة او مثلها ان كانت من ذوات الامثال ولا يرجع بما بيعت سواء بيعت بأقل من القيمة او أكثر في أحد الوجهين (والثاني) انها ان بيعت بأقل من قيمتها رجعت بالقيمة لأن العارية مضمونة فيضمن نقص ثمنها ، وان بيعت بأكثر رجعت بما بيعت به لأن العبد ملك للمعير فيكون ثمنه كله له ، وكذلك لو اسقط المرتهن حقه عن الراهن رجعت الثمن كله الى صاحبه ، فاذا قضى به دين الراهن رجعت به عليه ، ولا يلزم من ضمان النقص ان لا تكون الزيادة لصاحب العبد كما لو كان باقياً بعينه فاما ان تلف الرهن فان الراهن يضمه بقيمته سواء اتلف بتفريط او بغير تفريط نص عليه أحمد لأن العارية مضمونة

(فصل) وان فك المعير الرهن وأدى الدين الذي عليه باذن الراهن رجعت عليه ، وإن قضاء متبرعاً لم يرجع بشيء ، وان قضاء بغير إذنه محتسباً بالرجوع فهل يرجع ؟ على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير إذنه ويرجع الرجوع ههنا لأن له المطالبة بفكاكه عبده وأداء دينه فكاكه ، وان اختلفا في الاذن فالقول قول الراهن مع يمينه لأنه منكر ، وإن شهد المرتهن للمعير قبلت شهادته لأنه لا يجربها نفعاً ولا يدفع بها ضرراً ، وإن قال أذنت لي في رهنه بمشرة ، قال بخمسة فالقول قول المالك لأنه منكر للزيادة ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن كان الدين مؤجلاً فقضاء حالاً باذنه رجعت به حالاً ، وان قضاء بغير إذنه فقال القاضي يرجع به حالاً أيضاً لأن له المطالبة بفكاكه عبده في الحال

أصحاب الشافعي ليس له ذلك لأنه متصرف بالأذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وقيمته غيره وللقاضي أن يقول إنه قد أذن له في بيع الرهن والقيمة رهن يثبت لها حكم الأصل من كونه يملك المطالبة بها وإمسائها واستيفاء دينه من ثمنها فكذلك بيعها فإن كانت القيمة من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك إيفاءه من القيمة لأنها بدل الرهن من جنس الدين فأشبهت بمن المبيع

(فصل) وإذا أذن للعدل في البيع وعينا له نقداً لم يحز له أن يخالفهما ، ولم يختلفا فقال أحدهما بعه بدراهم وقال الآخر بدنانير لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقاً للرهن ملك الدين والمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه ويرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر من يبيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو من غير جنسه وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك والأولى أن يبيعه بما يرى الحظ فيه ، فإن كان في البلد نقدان باعه بأغلبهما فإن تساوا فقال القاضي يبيع بما يؤديه اجتهاده إليه وهو قول الشافعي لأنه الأحظ والغرض تحصيل الحظ فإن تساوا باع بجنس

(فصل) ولو استعار من رجل عبداً ليرهنه بمائة فرهته عند رجلين صح لأن تعيين ما يرهن به ليس شرطاً فكذلك من يرهن عنده ، ولأن رهنه من اثنين أقل ضرراً لأنه ينفك منه بعضه بقضاء بعض الدين بخلاف ما إذا رهنه عند واحد ، فإذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان في الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهته عند واحد بمائة فقضاء نصفها عن أحد النصيبين لم ينفك من الرهن شيء في أحد الوجهين لأنه عقد واحد من رهن واحد مع مرتهن واحد أشبه ما لو كان العبد لواحد (والثاني) ينفك نصف العبد لأن كل واحد منهما إنما أذن في رهن نصيبه بخمسين فلا يكون رهناً بأكثر منهما كالمالك له الرهن نصيبه بخمسين لا تزد عايتها ، فعلى هذا الوجه إن كان المرتهن عالماً بذلك فلا خيار له ، وإن لم يكن عالماً والرهن مشروط في بيع احتمل أن له الخيار لأنه دخل على أن كل جزء من الرهن وثيقة بجميع الدين وقد فاته ذلك ، واحتمل أن لا يكون له خيار لأن الرهن سلم له كله بالدين كله وهو قد دخل على ذلك ، ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين فقضى أحدهما انفك نصيب كل واحد من المعيرين من نصيبه ، وإن قضى نصف دين أحدهما انفك نصيب أحدهما على أحد الوجهين ، وفي الآخر ينفك نصف نصيب كل واحد منهما

(فصل) ولو كان لرجلين عبتان فأذن كل واحد منهما لشريكه في رهن نصيبه من أحد العبتين فرهنهما عند رجل مطلقاً صح ، فإن شرط أحدهما أنني متى قضيت ما علي من الدين انفك الرهن في العبد الذي رهنته وفي العبد الآخر أو في قدر نصيب من العبد الآخر فهذا شرط فاسد لأنه شرط أن ينفك بقضاء الدين رهن على دين آخر ويفسد الرهن لأن في هذا الشرط نقصاً على المرتهن وكل شرط فاسد ينقص حق المرتهن يفسد الرهن ، فأما أن شرط أنه لا ينفك شيء من العبد حتى يقضي جميع الدين فهو فاسد أيضاً لأنه شرط أن يبقى الرهن محبوساً بغير الدين الذي هو رهن به ، لكنه لا ينقص حق المرتهن فهل يفسد الرهن بذلك على وجهين وقد ذكرنا أن الرهن لا يلزم إلا بالقبض في الصحيح

الدين فان لم يكن فيها جنس الدين عين له الحاكم ما يبيعه به وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون ثمن المثل ومن البيع نساء متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف ، وذكر في البيع نساء رواية أخرى أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لان البيع ههنا لا يفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء ينعم ذلك وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجوز له ذلك وانما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً فان تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل والمشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهنا فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منها، وإن استوفى دينه من الرهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منها ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد لان العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري

(فصل) ومتى قدرا له ثمناً لم يجوز له بيعه بدونه وإن أطلقا فله بيعه بثمن مثله أو زيادة عليه، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة فان أطلقا فباع بأقل من ثمن المثل

(فصل) والقبض في الرهن كالقبض في البيع على ما ذكرناه ، فلو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وللراهن فيها قاش لم يمنع من صحة التسليم لان اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم كالشجرة في الشجرة ، وكذلك الدابة التي عليها حمل للراهن ولو رهن الحمل وهو على الدابة وسلمها اليه بحملها صح القبض لانه حصل فيها جميعاً فيكون موجوداً في الرهن منها

(فصل) واذا رهنه سهما مشاعاً بما لا ينقل خلى بينه وبينه وان لم يحضر الشريك ، وان كان منقولاً كالجواهر فقبضها تناولها ولا يمكن تناولها الا برضى الشريك ، فان رضي الشريك تناولها المرتهن ، وان امتنع فرفض الراهن أو المرتهن يرد الشريك جاز وناب عن المرتهن في القبض ، وان تنازع الشريك والمرتهن أقام الحاكم عدلاً تكون في يده لهما ، وان سلمها الراهن الى المرتهن بغير اذن الشريك فتناولها وقتلنا استدامة القبض شرط لم يكف هذا التناول ، وان قلنا ليس بشرط فقد حصل القبض لان الرهن حصل في يده والتعدي في غيره لا يمنع صحة القبض كما لو رهنه ثوباً فسلمه اليه مع ثوب غيره فتناولها جميعاً ، ولو رهنه ثوباً فاشبهه عليه بغيره فسلم اليه أحدها لم يثبت القبض لانه لا يعلم أنه أقبضه الرهن ، فان تبين أنه الرهن صح القبض ، وان سلم اليه الثوبين معا حصل القبض لانه قد تسلم الرهن يقينا

(فصل) ولو رهنه داراً فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن صح القبض ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها لانه ما كان في الدار فيده عليها فما حصلت التخلية . ولنا أن التخلية تصح بقوله مع التمكين منها وعدم المانع أشبه ما لو كانا خارجين عنها ، ولا يصح ما ذكره لان خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها ودخوله الى دار غيره لا يثبت يده عليها ، ولانه بخروجه عنها محقق لقوله فلا معنى لاعادة التخلية

(فصل) وان رهنه مالا في يد المرتهن طرية أو ودیعة أو غصباً أو نحوه صح الرهن لانه مالك

عما يتعاقب الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وإن كان النقص مما لا يتعاقب الناس به أو باع بأقص مما قررا له صح البيع وضمن النقص كله ذكره أصحابنا، والاولى أنه لا يصح البيع لانه بيع لم يؤذن له فيه فأشبه ما لو خالف في النقد

(فصل) وإذا باع العدل الرهن باذنها وقبض الثمن فتلف في يده من غير تعد فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في هذا خلافا ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن لان البيع لاجله

ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه فإذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الامناء وإن ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتمتع عليه إقامة البينة على ذلك وإن كفناه البينة شق عليه وربما أدى الى أن لا يدخل الناس في الامانات فان خالفاه في قبض الثمن فقلنا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لانه أمين والاخر لا يقبل لان هذا إبراء للمشتري من الثمن فلا يقبل قوله فيه كما لو أبرأه من غير الثمن، وان خرج المبيع مستحقا فالعده على الراهن دون العدل إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل وكذلك كل وكيل باع مال غيره وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة العده على الوكيل والكلام معه في الوكالة ، فان علم المشتري

له يمكن قبضه فصح رهنه كما لو كان في يده ، وظاهر كلام أحمد لزوم الرهن ههنا بنفس العقد من غير احتياج الى أمر زائد فانه قال اذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن فلم يترتب أمر زائد وذلك لان اليد ثابتة والقبض حاصل وانما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغير الحكم مع استدامة القبض كما أنه لو طوَّب بالوديعة فجحدتها لتغير الحكم وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ، ولو عاد الجاحد فأقرها وقال لصاحبها خذ وديعتك فقال دعها عندك وديعة كما كانت ولا ضمان عليك فيها لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يصير رهننا حتى تمضي مدة يتأني قبضه فيها ، فان كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها ، وان كان مكيلاً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وان كان غير منقول فبمضي مدة التخلية ، وان كان غائباً عن المرتهن لم يصير مقبوضاً حتى يوفيه هو أو وكيله ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها لان العقد يفتقر الى القبض ، والقبض انما يحصل بفعله أو بامكانه فيكفي ذلك ولا يحتاج الى وجود حقيقة القبض لانه مقبوض حقيقة ، فان تلف قبل مضي مدة يتأني قبضه فيها فهو كتلف الرهن قبل قبضه ثم هل يفتقر الى الاذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين (أحدهما) يفتقر لانه قبض يلزم به عقد غير لازم فلم يحصل بغير اذن كما لو كان في يد الراهن . واقاره في يده لا يكفي كما لو أقر المقتبض في يد غاصبه مع امكان أخذه منه (والثاني) لا يفتقر لان اقراره في يده بمنزلة اذنه في القبض ، فان أذن له في القبض ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأني القبض فيها لم يلزم الرهن حتى يعود فيأذن ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها

(فصل) وإذا رهنه المضمون على المرهن كالتغصوب والعارية والمقبوض على وجه السوم أو في بيع فاسد صح وزال الضمان ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لانه لا تنافي بينهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً وهو رهن كما كان فكذلك ابتداءه لانه أحد حالي الرهن

بعد تلف الثمن في يد العدل رجع على الراهن ولا شيء على العدل ، فان قيل فلم لا يرجع المشتري على العدل لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، فأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه والا سقط حقه . فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لأنهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة فاستووا في قسمة ماله بينهم ، فاما ان خرج مستحقا بعد ماذن الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه فاما ان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ووكيل ويرجع على الراهن . وان كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل كان المشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن إن أقر بذلك أو قامت به بينة وإن أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه فان نكل عن اليمين فقتضى عليه بالنكول أو ردت اليمين على المشتري فخاف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه ، وعلى قول الحنفي القول في حدوث الميب قول المشتري مع يمينه وهو لإحدى الروايتين عن أحمد . فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن وان تلف العبد

ولنا أنه مأذون له في امساكه وهنا لم يتجدد فيه منه عدوان فلم يضمه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه ، وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الفاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة ، ويد الفاصب والمستعير ونحوهما يدا ضمانية وهذان متافيان ، ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب أو العارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيراً ، ولا يبقى الحكم من زوال سببه وحدث سبب يخالف حكمه حكمه ، وأما اذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيراً وهنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجب فلم يثبت

(فصل) واذا رهنه عينين فتلفت احدهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحاً فيها ، وأما طراً انفساخ العقد في احدهما فلم يؤثر في الاخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها اذا قلنا ان الرهن لا يلزم الا بالقبض فان كان التلف بعد قبض الاخرى لزم الرهن فيها ، فان كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكامله فان رضي لم يكن له المطالبة بدل المتالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهناً بجميع الثمن ، فان تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فاذا تلف بمضه كان أولى ، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الاخرى فقد لزم الرهن فيها ، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه ، فان امتنع من تقبيلها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تلف الاخرى

(فصل) فاذا رهنه داراً فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ماليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطاً في بيع لتعيبها ونقص قيمتها

المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقا قبل وزن ثمنه فلمنعصوب منه تضديد من شاء من الغاصب والعدل والمرتهن ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالغصب وان لم يكن عالما فهل يستقر الضمان عليه أو على الغاصب ؟ على روايتين

(فصل) فان ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر فقال القاضي وأبو الخطاب يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك إنما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلا في قضاء دين فادعى أنه سلمه إلى صاحب الدين ، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب في رد وس مسائلها يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في إيجاب الضمان على غيره وهذا مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة فعلى هذا إذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت عن المرتهن أنه قبضه ، وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمي وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر . فان رجع على الراهن فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت فان كان دفعه إلى المرتهن بحضرة الراهن أو بينة فثبت أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه إليه بغير بينة في غيبة الراهن ففيه روايتان (أحدهما) يرجع الراهن عليه لانه مفرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن بغير يطة ،

فان قيل فلم لا يفسخ عقد الرهن كمقد الاجارة ؟ قلنا الاجارة عقد على منفعة السكنى وقد تعذرت وعدمت فبطل العقد لعدم المعقود عليه والرهن عقد استيثاق يتعلق بالاعيان التي فيها المالية وهي باقية فعلى هذا تكون العرصة والانقاض من الخشب والاحجار ونحوها من الرهن لان العقد وارد على جميع الاعيان والانقاض منها وما دخل في العقد استقر بالقبض

(فصل) ويجوز للمرتهن أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه ، فان وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له من نفسه لم يصح ولم يكن قبضاً لان الرهن وثيقة يستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن ، فاذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة ، وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع وعاء وقال كل لي حتى فيه ففعل كان قبضاً فيخرج ههنا مثله

(فصل) اذا أقر الراهن بتقييض الرهن أو أقر المرتهن بقبضه كان مقبولا فيما يمكن صدقها فيه فان أقر الراهن بالتقييض ثم أنكر وقال أقررت بذلك ولم أكن أقبضت شيئا أو أقر المرتهن بالقبض ثم أنكره فالقول قول المقر له فان طلب المنكر يمينه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه يمين لان الاقرار أقوى من البينة ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهود عليه يمين خصمه لم يجب اليها فكذلك الاقرار (والثاني) يلزمه اليمين ، وهو قول الشافعي وهو أولى لان العادة جارية بان الانسان يشهد على نفسه بالقبض قبله فكذلك تسمع دعواه ويلزم خصمه اليمين لما ذكرنا من حكم العادة بخلاف البينة فانها لا تشهد الا بالحق قبله ولو فعلت ذلك لم تكن عادلة ، وقال القاضي ان كان المقر غائبا فقال أقررت لان وكيلي كتب الي بذلك ثم بان لي خلافه سمعنا قوله وأحلفنا خصمه وان أقر أنه باشر ذلك بنفسه

ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرقي . ومن أمر رجلا أن يدفع إلى رجل مالا وادعى أنه دفعه إليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه لأنه أمين في حقه سواء صدقه في القضاء أو كذبه إلا أنه إن كذبه فله عليه اليمين

(فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده إليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم أزال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لأن استئمانه زال بذلك فلم يفسد بفعله مع بقاءه في يده بخلاف التي قبلها فانه رده إلى يد نائب مالكها فاشبه ما لوردها إلى مالكها (فصل) وإذا استقرض ذمي من مسلم مالا ورهنه خمرأ لم يصح سواء جعله على يذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بشئها لزمه قبوله فان أبي قيل له أما أن تقبض وأما أن تبريء لان أهل الذمة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيحة قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمة معهم الخمر ولوهم بيعها وخذوا من أثمنها . وإن جعلها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لان ذلك البيع فاسد لا يقران عليه ولا حكم له

(مسألة) قال (ولا يرهن مال من اوصى اليه بحفظ ماله إلا من ثقة)

وجملته ان ولي اليتيم ليس له رهن ماله الا عند ثقة يودع ماله عنده لئلا يمجده أو يفرط فيه فيضيع . قال القاضي ليس لولي رهن ماله الا بشرطين (أحدهما) أن يكون عند ثقة (الثاني) أن يكون له فيه حظ وهو أن يكون به حاجة الى ثقة أو كدوة أو اتفاق على عقاره المتهدم أو أرضه أو بهائم ونحو ذلك وماله غائب يتوقع وروده أو ثمرة ينتظرها أو له دين مؤجل يحل أو متاع كاسد يرجو نفاقه

ثم عاد فأكذب نفسه لم يخلف خصمه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . فاما ان اختلفا في القبض فقال المرتهن قبضته وأنكر الراهن فالقول قول صاحب اليد لانه ان كان في يد الراهن فالاصل معه وهو عدم الاقباض ولم يوجد ما يدل على خلافه وان كان في يد المرتهن فقد وجد القبض لكونه لا يحصل في يده الا بعد قبضه وان اختلفا في الاذن فقال الراهن : أخذته بغير اذني قال بل بأذنك وهو في يد المرتهن فالقول قوله لان الظاهر معه فان العقد قد وجد ويده تدل على أنه بحق ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ، وهذا مذهب الشافعي ذكر القاضي هذين الوجهين (مسألة) (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح الا العتق فانه يصح ويؤخذ منه قيمته فيجعل رهنًا مكانه وعنه لا ينفذ عتق المعسر)

إذا تصرف الراهن بغير رضى المرتهن بغير العتق كالبيع والهبة والوقف والرهن ونحوه فتصرفه باطل لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، وفي الوقف وجه آخر أنه يصح لانه يلزم لحق الله تعالى أشبه العتق . والصحيح الاول لانه تصرف لا يسري الى ملك الغير فلم يصح كالهبة فان أذن فيه صح وبطل الرهن الا أن يأذن في البيع ففيه تفصيل نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس للراهن الاتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرها بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : للراهن إجارته وإعارة مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول

فيجوز لولي الاقراض ورهن ماله ، وإن لم يكن له شيء ينتظره فلا حظ له في الاقراض فيبيع شيئاً من أصول ماله وبصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يقرضه ووجد من يبيعه نسيئة وكان أحظ من يبيع أصوله جاز أن يشتريه نسيئة ويرهن به شيئاً من ماله والوصي والحاكم وأمينه في هذا سواء وكذلك الاب الا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه على إحدى الروايتين (فصل) فاما أخذ الرهن بمال اليتيم فيكون في بيع أو قرض ، وقد ذكرنا القرض في باب المصراة وفي البيع ثلاث مسائل (أحدها) أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة أو دونها نسيئة ويأخذها رهناً فهذا بيع فاسد لان يبيعه نقداً أحوط وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئة (الثانية) أن يبيعه بمائة نقداً وعشرين نسيئة يأخذها رهناً فهذا جائز لانه لو باعه بمائة نقداً جاز فإذا زاد عليها فقد زاده خيراً سواء قلت الزيادة أو كثرت (الثالثة) باعه بمائة وعشرين نسيئة وأخذها رهناً فهذا جائز أيضاً ذكره القاضي وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم لا يجوز لانه تغرر بماله وبيع النقد أحوط له ولنا أن هذا عادة التجار وقد أمرناه بالتجارة وطلب الربح وهذا من جهاته والتغري يزول بالرهن (فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرنا حكم ولي اليتيم لان له أن يتصرف فيما في يده فيما له فيه الحظ فأما المأذون فان دفع له سيده مالا يتجر فيه أو لم يدفع اليه فقال القاضي ليس له التصرف بالنسيئة لان ديونه تتعلق بذمة السيد فيتضرر بذلك لان الدين غرر بخلاف المكاتب

(فصل) ولو كان مال اليتيم رهناً فاستعاده الوصي لليتيم جاز ، وان استعاده لنفسه لم يجز لانه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه وعليه الضمان لانه قبضه على وجه ليس له قبضه ، وإن فكاه بمال اليتيم وأطلق فهو لليتيم وان فكاه بمال نفسه وأطلق فالظاهر أنه استعاده لنفسه فان قال استعاده لليتيم قبل قوله ، وان تلقى قبل ذلك ضمنه وان قال استعده لليتيم بعد هلاكه أو هلاكه بمضه لم يقبل قوله لانا حكمتنا بالضمان ظاهراً فلا يزول بقوله والأولى ان يقبل قوله لانه أمين وهو اعلم بنيته فيقبل قوله فيها كما قبل التلف

الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم . وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه؟ على الخلاف . وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المنافع للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وسيأتي الكلام فيه

ولنا أنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على قبض ثمنه . إذا ثبت هذا فان المتراهنين ان لم يتفقا على الانتفاع بها لم يجز الانتفاع وكانت منافعه معطلة فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن فان اتفقا على إجارة الرهن وإعارته جاز ذلك في ظاهر قول الحارثي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد من الرهن ولو عطلت منافعهما لم تكن لها غلة . وقال ابن أبي موسى : ان أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته صح والإجارة رهن وان أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين ولا يخرج في الآخر كما لو أجره المرتهن . وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لها وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجره ، وهو قول الثوري وأصحاب الرأي وقالوا اذا أجر الراهن باذن المرتهن كان اخراجاً من الرهن لان الرهن يقضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام فتمى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن

(فصل) ولو رهن الوصي أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه أو ولده الكبير صح لانه لا ولاية له عليها
(فصل) ولو أوصى الى رجل بقضاء دينه فرهن شيئا من تركته عند الغريم أو غيره ضمن لانه لم
يؤذن له في رهنها فضمن كما لو لم يوص اليه بقضاء دينه

(مسئلة) قال (واذا قضاء بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقي)

وجملة ذلك ان حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا
يفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان بما يمكن قسمته أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع
كل من أحفظ عنه من أهل العلم على ان من رهن شيئاً بمال فأدى بعض المال وأراد اخراج بعض
الرهن ان ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك
والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الرهن وثيقة بحق فلا يزول الا بزوال
جميعه كالضمان والشهادة

**(مسئلة) قال (واذا أعتق الراهن عبده المرهون فقد صار حراً . ويؤخذ ان كان له
مال بقيمة المعتق فيكون رهناً)**

وجملة ذلك أنه ليس للراهن عتق الرهن لانه يطل حق المرهن من الوثيقة فان أعتق نفذ عتقه
موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي
في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق معسراً ، وعن أحمد رواية
أخرى لا ينفذ عتق المعسر ذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن
عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولأنه

ولنا أن مقصود الرهن الاستيناق بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا
لا ينافي الانتفاع به ولا اجارته ولا اعارته فجاز اجتماعهما كانتفاع المرهن به ولان تعطيل منفعة تضييع
للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته ، ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمتنع اجارته كالعبد اذا
ضمن بأذن سيده ، ولا نسلم ان مقتضى الرهن الحبس بل مقتضاه تعلق الحق به على وجه يحصل به
الوثيقة وذلك غير مناف للانتفاع به . ولو سلمنا بأن مقتضاه الحبس فلا يمنع كون المستأجر نائباً عنه في
امساكه وجبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من اصلاح الرهن . ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها ، فاذا كان ماشية
فاحتاجت الى اطراق الفحل فللراهن ذلك لان فيه مصلحة الرهن وزيادته وذلك زيادة في حق المرهن من
غير ضرر وان كانت فحولا لم يكن للراهن اطراقها بغير رضا المرهن لانه انتفاع لمصلحة للرهن فيه فهو
كالاستخدام الا أن يكون يتضرر بترك الاطراق فيجوز لانه كالمداواة له

(فصل) وليس للراهن عتق الرهن لانه يطل حق المرهن من الوثيقة وذلك اضرار به فان فعل
نفذ عتقه موسراً كان أو معسراً نص عليه أحمد وبه قال شريك والحسن بن صالح وأصحاب الرأي والشافعي
في أحد أقواله الا أن أبا حنيفة قال يستسعى العبد في قيمته ان كان المعتق موسراً . وعن أحمد انه لا ينفذ عتق

عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموصر دون المعسر كعتق شرك له من عبد، وقال عطاء والبي وبأبو نور لا ينفذ عتق الراهن موصراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن فلم ينفذ كالبيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالبيع في يد البائع، والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والا بق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعاقبه على الشروط بخلاف البيع، اذا ثبت هذا فانه ان كان موصراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لأنه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجني أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهناً لانها نائبة عن العين وبدل عنها، وان كان معسراً فالقيمة في ذمته فان أيسر قبل حلول الحق أخذت منه القيمة فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيقبضه ولا يحتاج الى رهن وان أيسر بعد حلول الحق طوّل بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً، والاعتبار بقيمة العبد حال الاعتاق لأنه حال الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه إيجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه والزام الغرم لمن وجد منه الاتلاف أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) وان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن فيسقط حقه من الوثيقة موصراً كان المعتق أو معسراً لأنه اذن فيها ينافي حقه فاذا

المعسر وذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لان عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة من عين الرهن وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الاضرار بالمرتهن ولانه عتق يبطل حق غير المالك فنفذ من الموصر دون المعسر كعتق شرك له في عبد، وقال عطاء والبي وبأبو نور لا ينفذ عتق الراهن موصراً كان أو معسراً وهو القول الثالث للشافعي لانه معنى يبطل حق الوثيقة من الرهن أشبه البيع

ولنا انه اعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر ولان الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالبيع في يد البائع والعتق يخالف البيع فانه مبني على التغليب والسراية وينفذ في ملك الغير ويجوز عتق المبيع قبل قبضه والا بق والمجهول وما لا يقدر على تسليمه ويجوز تعاقبه على الشروط بخلاف البيع. اذا ثبت هذا فان كان موصراً أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهناً لأنه أبطل حق الوثيقة بغير اذن المرتهن فلزمته قيمته كما لو أبطلها أجني أو كما لو أتلفه وتكون القيمة رهناً لكونها نائبة عن العين وبدلاً منها وان كان معسراً ففي ذمته فان أيسر قبل حلول الحق أخذت منه فجعلت رهناً الا ان يختار تعجيل الحق فيقبضه ولا يحتاج الى رهن وان أيسر بعد حلول الحق طوّل بالدين خاصة لان ذمته تبرأ به من الحقين معاً والاعتبار بقيمة العبد حال العتق لأنه وقت الاتلاف وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة في المعسر يستسعى العبد في قيمته ثم يرجع على الراهن وفيه إيجاب الكسب على العبد ولا صنع له ولا جناية منه فكان الزام الغرم للعنق أولى كحال اليسار وكسائر الاتلاف

(فصل) فان أعتقه باذن المرتهن فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه على كل حال لان المنع كان لحق المرتهن وقد اذن ويسقط حقه من الوثيقة موصراً كان المعتق أو معسراً لأنه اذن فيها ينافي حقه فاذا

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاء بما ينافيه وأذنه فيه فلم يكن له بدل : فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه كان كمن لم يأذن وان لم يعلم الراهن برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه . وان رجع بعد العتق لم ينفع رجوعه والقول قول المرتهن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن فالقول قول وورثة المرتهن أيضاً الا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير ، وان اختلف المرتهن وورثة الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

(فصل) وان تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف والرهن وغيره فتصرفه باطل لانه تصرف بطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبني على التغليب والسراية فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن لانه أذن فيما ينافي حقه فيبطل بفعله كالمعتق ، وان زوج الام المهرونة لم يصح وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي ، وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح ، وللمرتن منع الزوج من وطئها ومهرها رهن معها وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن الامة المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلا يمنع الزوج كالاجارة . ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضا المرتن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليه تمكين زوجها من استمتاعها في الليل ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بترية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع

وجد زال حقه وقد رضي به لرضاء بما ينافيه وأذنه فيه فلم يكن له بدل فان رجع عن الاذن قبل العتق وعلم الراهن برجوعه بطل الاذن وان لم يعلم برجوعه فأعتق ففيه وجهان بناء على عزل الوكيل بدون علمه ، وان رجع بعد العتق لم ينفع الرجوع والقول قول المرتن مع يمينه لان الاصل عدم الاذن ، وان اختلف الراهن وورثة المرتن فالقول قول وورثة المرتن أيضاً الا أن أيمانهم على نفي العلم لأنها على فعل الغير ، وان اختلف المرتن وورثة الراهن فالقول قول المرتن مع يمينه وان لم يحلف قضي عليه بالنكول

(مسئلة) (وليس عليه تزويج الامة المهرونة فان فعل لم يصح)

وهذا اختيار أبي الخطاب وقول مالك والشافعي . وقال القاضي وجماعة من أصحابنا يصح وللمرتن منع الزوج من وطئها لحق المرتن حتى لا يخرج عن يده فيفوت القبض ومهرها رهن معها لانه من نائمها وبسببها فكان رهنها معها كأجرها وسائر نائمها ، وهذا مذهب أبي حنيفة لان محل النكاح غير محل عقد الرهن ولذلك صح رهن المزوجة ولان الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع الزوج كالاجارة ، ولنا أنه تصرف في الرهن بما ينقص ثمنه ويستغل بعض منافعه فلم يملكه الراهن بغير رضى المرتن كالاجارة ولا يخفى تنقيصه لثمنها فانه يعطل منافع بعضها ويمنع مشتريها من وطئها وحلها ويوجب عليها تمكين زوجها من الاستمتاع بها ويعرضها بوطئه للحمل الذي يخاف منه تلفها ويشغلها عن خدمته بترية ولدها فتذهب الرغبة فيها وتنقص نقصاً كثيراً وربما منع بيعها بالكلية . وقولهم ان محل عقد النكاح غير محل الرهن غير صحيح فان محل الرهن محل البيع والبيع يتناول جملتها ، ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها

يتناول جعلها ولهذا يباح لمشتريها استمتاعها وإنما صح رهن الزوجة بقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلاً للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان الزوج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها فان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فلا يمكن استيفاء الدين بكامله

(فصل) ولا يجوز للراهن وطء أمته المهرونة في قول أكثر أهل العلم . وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه له وطء الآيسة والصغيرة لانه لا ضرر فيه فان علة المنع الخوف من الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج بذلك عن الرهن أو تعرض للتلف وهذا معدوم فيها . وأهل العلم على خلاف هذا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المهرونة ولأن سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية، ولأن الذي تحبل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف ، وإن وطئ فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالحرمه والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها فأشبه ما لو استخدمها . وإن تلف جزء منها أو نقصها مثل أن اقتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معها وإن شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل . فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه

وإنما صح رهن الزوجة بقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلاً للبيع كما يصح رهن المستأجرة . ويفارق الرهن الاجارة فان الزوج لا يؤثر في مقصود الاجارة ولا يمنع المستأجر من استيفاء المنافع المستحقة له ويؤثر في مقصود الرهن وهو استيفاء الدين من ثمنها لان تزويجها يمنع بيعها أو ينقص ثمنها فيتعد استيفاء الدين بكامله

(مسألة) (وإن وطئ الجارية فأولدها خرجت من الرهن وأخذت منه قيمتها فجعلت رهناً)

لا يجوز للراهن وطء أمته المهرونة في قول أكثر أهل العلم ، وقال بعض أصحاب الشافعي له وطء الآيسة والصغيرة لانه لا ضرر فيه فان علة المنع خوف الحمل مخافة أن تلد منه فتخرج من الرهن أو تعرض للتلف ، وهذا معدوم فيها وسائر أهل العلم على خلاف هذا . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للمرتهن منع الراهن من وطء أمته المهرونة ولأن سائر من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الآيسة والصغيرة وغيرهما كالمعتدة والمستبرأة والاجنبية ولأن الوقت الذي تحمل فيه يختلف ولا ينحزر فمنع من الوطء جملة كما حرم الخمر للسكر وحرم منه اليسير الذي لا يسكر لكون السكر يختلف ، فان وطئ فلا حد عليه لانها ملكه وإنما حرمت عليه لعارض كالحرمه والصائمة ولا مهر عليه لان المرتهن لا حق له في منفعتها ووطؤها لا ينقص قيمتها اذا كانت ثيباً فأشبه ما لو استخدمها وإن تلف جزء منها أو نقصها مثل أن اقتض البكر أو أفضاها فعليه قيمة ما أتلف فان شاء جعله رهناً معها وإن شاء جعله قضاء من الحق ان لم يكن حل فان كان الحق قد حل جعله قضاء لا غير فانه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة فيما ذكرناه

(مسئلة) قال (وان كانت جارية فأولدها الراهن خرجت أيضا من الرهن وأخذ

منه قيمتها فتكون رهنا)

وجملته ان الراهن إذا وطئ أمته المرهونة فأولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه ولا فرق بين المومر والممسر الا أن المومر يؤخذ منه قيمتها والممسر يكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق وهذا قول أصحاب الرأي وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال له لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتن فأما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتن، ولو حل الحق وهي حامل لم يحز بيعها لأنها حامل بحر فاذا ولدت لم يحز بيعها حتى تسقي ولدها اللبن، فان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين خاصة ويثبت للباقى حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق وان رجع هذا المبيع الى الراهن بارت أو بيع أو هبة أو غير ذلك أو يبيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد، وقال مالك : ان كانت الامه تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا ان هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاؤه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل فهي رهن بحالها فان قيل اما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا : الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالأذن في سببه إذن فيه فان أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن . وان اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره ،

(فصل) فان أولدها خرجت من الرهن وعليه قيمتها حين أحبلها كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته يوم جرحه ولا فرق بين المومر والممسر الا أن المومر تؤخذ منه قيمتها والممسر تكون في ذمته قيمتها على حسب ما ذكرنا في العتق، وهذا قول أصحاب الرأي، وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق الا أنه اذا قال لا ينفذ الاحبال فانما هو في حق المرتن، فأما في حق الراهن فهو ثابت فلا يجوز له أن يهبها للمرتن، ولو حل الحق وهي حامل لم يحز بيعها لأنها حامل بحر فاذا ولدت لم يحز بيعها حتى تسقي ولدها اللبن ثم ان وجد من يرضعه بيعت والا تركت حتى ترضعه ثم يباع منها بقدر الدين ويثبت للباقى حكم الاستيلاد فاذا مات الراهن عتق . وان رجع المبيع الى الراهن يبيع أو غيره أو يبيع جميعها ثم رجعت اليه ثبت لها حكم الاستيلاد، وقال مالك ان كانت الامه تخرج الى الراهن وتأتيه خرجت من الرهن وان تسور عليها أخذ ولدها وبيعت .

ولنا أن هذه أم ولد فلم يثبت فيها حكم الرهن كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن أو نقول معنى ينافي الرهن في ابتدائه فنفاؤه في دوامه كالحرية

(فصل) فان كان الوطء باذن المرتن خرجت من الرهن ولا شيء للمرتن لانه أذن في سبب ما ينافي حقه فكان إذنا فيه ولا نعلم في هذا خلافا وإن لم تحبل فهي رهن بحالها ، فان قيل اما أذن في الوطء ولم يأذن في الاحبال قلنا الوطء هو المفضي الى الاحبال ولا يقف ذلك على اختياره فالأذن في سببه

وان أقر المرتن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتن بالاذن (والثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (والرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لا تنا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم أذن أو قال أذنت فما وطئت أو قال لم تمض مدة تضم فيها الحمل مندوطت أو قال ليس هذا ولدها وإنما استعارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضررها قتلت فلا ضمان عليه لأن ذلك تولد من المأذون فيه كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) إذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة العقد لأن الأصل عدم الحمل فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها

أذن فيه ، فإن أذن ثم رجع فهو كمن لم يأذن ، وإن اختلفا في الاذن فالقول قول من ينكره وإن أقر المرتن بالاذن وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه أو قال هو من زوج أو زنا فالقول قول الراهن بأربع شروط (أحدها) أن يعترف المرتن بالاذن (الثاني) أن يعترف بالوطء (الثالث) أن يعترف بالولادة (الرابع) أن يعترف بمضي مدة بعد الوطء يمكن أن تلد فيها فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول قول الراهن بغير يمين لا تنا لم نلحقه به بدعواه بل بالشرع ، فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط فقال لم أذن أو قال أذنت فما وطئت ، أو قال لم تمض مدة تضم فيها الحمل مندوطت ، أو قال ليس هذا ولدها إنما استعارته فالقول قوله لأن الأصل عدم ذلك كله وبقاء الوثيقة صحيحة حتى تقوم البينة وهذا مذهب الشافعي

(فصل) ولو أذن في ضربها فضررها قتلت فلا ضمان عليه لأن ذلك تولد من المأذون فيه فهو كتولد الاحبال من الوطء

(فصل) وإذا أقر الراهن بالوطء لم يخل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يقر به حال العقد أو قبل لزومه فحكم هذين واحد ولا يمنع ذلك صحة الرهن لأن الأصل عدم الحمل ، فإن بانت حائلاً أو حاملاً بولد لا يلحق بالراهن فالرهن بحاله ، وكذلك إن كان يلحق به لكن لا تصير به أم ولد مثل إن وطئها وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وإن بانت حاملاً بما تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرتن وإن كان مشروطاً في بيع لأنه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهناً ، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والحائز إذا اقتص منه وهذا قول أكثر الشافعية ، وقال بعضهم له الخيار لأن الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجنابة والمرض . ولنا أن اذنه في الوطء اذن فيما يؤول إليه كذلك رضاه به رضى بها يؤول إليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فإنه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرتن لأنه أقر بما يفسخ قدراً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل لأنه أقر في ملكه بما لا تهمة

وهي زوجته ثم ملكها ورهنها ، وان بانت حاملا بولد تصير به أم ولد بطل الرهن ولا خيار للمرهن وان كان مشروطاً في بيع لانه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنأفاذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه لم يكن له خيار كالمريض إذا مات والجاني إذا اقتص منه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم له الخيار لان الوطء نفسه لا يثبت الخيار فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه بخلاف الجنابة والمرض . ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول اليه كذلك رضاه به رضى بما يؤول اليه (الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن فإنه يقبل في حقه ولا يقبل في حق المرهن لانه أقر بما يفسخ عقداً لازماً لغيره فلم يقبل كما لو أقر بذلك بعد بيعها . ويحتمل ان يقبل لانه أقر في ملكه بما لا تهمه فيه لانه يستضر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن . والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها أو انها كانت جنت جنابة تعلق ارشها برقبته وللشافعي في ذلك قولان ، وان أقر انه اعتقها صح إقراره وخرجت من الرهن ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعي في احدقوله : لا يقبل بناء على انه لا يصح اعتاقه للرهن . ولنا انه لو اعتقه لنفذ عتقه فقبل إقراره بعتقه كغير الرهن ، ولان إقراره بعتقه يجري مجرى عتقه فأشبهه مالو قال

فيه لانه يستضر من ذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن والاول اصح لان اقرار الانسان على غيره لا يقبل (مسألة) (وإن أذن المرهن في بيع أو هبة أو نحو ذلك صح وبطل الرهن الا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهنأ أو يجعل دينه من ثمنه)

وجملة ذلك أنه متى أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن أو هبته أو وقفه ففعل صح لان المنع كان لحقه فجاز باذنه ويبطل الرهن لان هذا تصرف ينافي الرهن فلا يجتمع مع ما ينافيه الا البيع فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يأذن له في بيعه بعد حلول الحق فيصح ويتعلق حق المرتهن بثمنه ويجب قضاء الدين منه لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الدين من ثمنه (الثاني) أنه يأذن له قبل حلوله مطلقاً فيبيعه فيبطل الرهن ولا يكون عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فأشبهه مالو اذن في عتقه وللمالك اخذ ثمنه وبه قال الشافعي . وقال ابو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهنأ لان الراهن باع الرهن باذن المرتهن فوجب ان يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي : حق المرتهن يتعلق بين الرهن والثمن بدله فوجب ان يتعلق به كما لو ائلفه متلف

ولنا انه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن ، فاذا اذن فيه اسقط حقه كالعتق . ويخالف ما بعد الحلول لان المرتهن يستحق البيع . ويخالف الائلاف لانه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فان قال انما اردت باطلاق الاذن ان يكون ثمنه رهنأ لم يقبل قوله لان اطلاق الاذن يقتضي بيعا يفسخ الرهن ، وبهذا قال الشافعي (الثالث) ان يأذن فيه بشرط ان يجعل ثمنه رهنأ مكانه او يجعل له دينه من ثمنه فيجوز ويلزم ذلك لانه لو شرط ذلك بعد حلول الحق جاز فكذلك قبله وان اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لانه منكر ، وان أقر بالاذن واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنأ او تعجيل دينه منه فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الشرط ، ويحتمل ان يقدم قول المرتهن لان الاصل بقاء الوثيقة

(مسألة) (ونماء الرهن وكسبه وارث الجنابة عليه من الرهن)

انت حر . ويتخرج ان لا ينفذ اقرار المصبر بناء على انه لا ينفذ اعتدائه ، وكل موضع قلنا القول ، قول الراهن فقال القاضي ذلك مع يمينه لان كذبه محتمل ، ويحتمل ان لا يستحلف لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا فائدة في استحلافه ، واختلف اصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين . والصحيح عندي انه اذا اقر بالعتق لم يستحلف لان ذلك جرى مجرى قوله أنت حر فلم يحتج إلى يمين كما لو صرح به ، وإن اقر بالنصب والجنابة فانه إن لم يدع ذلك المنصوب منه والجنبي عليه لم يلتفت إلى قول الراهن وجهاً واحداً ، وان ادعى فاليمين عليهما لان الحق لهما ورجوعهما عنه مقبول فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى ، وإن اقر باستيلاء أمته فعليه اليمين لان نفعها تائد اليه من حل استمتاعها وملك خدمتها فكانت اليمين عليه بخلاف ما قبلها . وإن قلنا القول قول المرهن فعليه اليمين بكل حال لانه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ويمينه على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير فاذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة اليه وبقي حكمها في حق الراهن بحيث لو عاد اليه الرهن ظهر فيه حكم اقراره وإن أراد الجنبي عليه أو المنصوب منه أن يفرمائه في الحال فلهما ذلك لانه منع من استيفاء الجنابة بتصرفه فلهما أرضها كما لو قتله

وجملة ذلك ان نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالاصل واذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين يبيع مع الاصل ، وسواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالكسب والاجرة والولد والتمر واللبن والصوف والشعر ونحو هذا قال النخعي والشافعي . وقال الثوري واصحاب الرأي يتبع النماء ولا يتبع الكسب لان الكسب لا يتبع في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعتاق مال الراهن . وقال مالك : يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من الكسب لانه حق تعلق بالاصل يستوفى من ثمنه فلا يسري إلى غيره كحق جنابته حتى قال الشافعي لو رهنه ماشية غاضا فتنتجت فالتاج لا يدخل في الرهن ، وخالفه أبو ثور وابن المنذر واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » واما يكون رهنا كسائر ماله

ولنا أنه حكم يثبت في العين بمقدار المال فيدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ، ولان النماء حادث من غير الرهن فيدخل فيه كالتصل ، ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فسرى الى الولد كالتدبير والاستيلاء . ولنا على مالك أنه نماء حادث من غير الرهن فسرى اليه حكم الرهن كالولد ، وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع الكسب كالشراء ، وأما الحديث فنقول به ، وأن غنمه وكسبه ونماءه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل . والفرق بينه وبين سائر مال الراهن أنه تبع فثبت له حكم أصله ، وأما حق الجنابة فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه لانه جزاء عدوان فاقتصر الجاني كالتقصاص ، ولان السراية في الرهن لا تقضي إلى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه . وأما ارض الجنابة على الرهن فيتعلق بها حق المرهن لانها بدل جزء منه فكانت من الرهن كقيمتها اذا أتلفه انسان وهذا قول الشافعي وغيره

(فصل) واذا ارهن أرضاً أو داراً أو غيرها تبعه في الرهن ما يتبع في البيع ، فان كان في الارض

(فصل) ولا يحل للمرتين وطء الجارية المرهونة إجماعاً لقول الله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زرجة ولا ملك يمين ، فإن وطئها علماً بالتحريم فعليه الحد لأنه لاشبهة له فيه فإن الرهن استيثاق بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لنفعها فالرهن أولى ، فإن ادعى الجهل بالتحريم واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لأنه وطئها معتقداً بإباحة وطئها فهو كما لو وطئها بظن أمته وعليه قيمة ولدها يوم الولادة لأن اعتقاده الحبل منع انخلاق الولد رقيقاً فقوت رق الولد على سيدها فلزمته قيمته كالمغرور بحرية أمة ، وإن لم يحتمل صدقه كالثاني ببلاد الاسلام مختلطاً بهم من أهل العلم لم تقبل دعواه لأنه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل، وولده

شجر فقال رهنتك هذه الأرض بحقوقها أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن دخل، وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع ، وإن رهنه شجر أمشراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع . وإن لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لا تدخل بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لأن الرهن عنده يصح على الأصل دون الثمرة وقد قصد إلى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته للملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعي أنه عقد على الشجر فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع ، وكذلك الحمل وسائر ما يتبع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع ، ولو كان الرهن داراً فخربت كانت أبقاضها رهنها معها لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها ، ولو رهنه أرضاً فنبت فيها شجر فهو من الرهن سواء نبت بفعل الراهن أو بغير فعله لأنه من ثمارها

(مسألة) (ومؤنته على الراهن وكفنه إن مات وأجرة مخزنه إن كان مخزونا)

مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن، وبهذا قال مالك والشافعي والعمري وإسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتين لأنه من مؤنة أمساكه وارتئانه . ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راحته له غنمه وعليه غرمه » رواه الدارقطني وقال اسناد جيد متصل ، ولأنه نوع اتفاق فكان على الراهن كالطعام ، ولأن الرهن ملك الراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وإن أبق البعد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتين . وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن ، وعند أبي حنيفة هو كأجرة من يرده من أباقه وبني ذلك على أصله في أن يد المرتين يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده ويأتي الكلام على ذلك فيما بعد ، فإن مات البعد كانت مؤنة تجهيزه وتكفينه ودفعه على الراهن لأن ذلك تابع لمؤنته . فإن كل من لزمته مؤنة شخص في حياته لافي مقابلة تقع كانت مؤنة تجهيزه ودفعه عليه كسائر العبيد والاماء والملاقي من الأحرار

(فصل) وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف والحق مؤجل فعليه التجفيف لأنه محتاج إلى أن يستقيها رهنها حتى يحل الحق ،

رقيق للراهن لانه من زنا . ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكول الوطء باذن الراهن أو بغير إذنه وهذا المنصوص عن الشافعي . ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع الاذن في الوطء وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء إذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت منه سقط حقه من الرهن . ولو أذن في قطع أصبع فسرت إلى أخرى لم يضمنها ، ووجه الاول أن وجوب الضمان يمنع انحلاق الولد رقيقاً وسيبه اعتقاد الحل وما حصل ذلك باذنه بخلاف الوطء فان خروجها من الرهن بالحمل الذي الوطء المأذون فيه سبب له ، وأما المهر فان كان الوطء بأذن الراهن فلا مهر له ، وقال أبو حنيفة يجب لأنه يجب لها ابتداء فلا يسقط باذن غيرها ، وعن الشافعي كالمذهبيين . ولنا أنه أذن في سيبه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ولان المالك أذن في استيفاء المنفعة فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة وإن كان بغير إذنه فالمهر واجب سواء أكرهها أو طأوعته

وإن كان حالاً بيعت ولم يحتاج إلى تخفيفها ، فان اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز وإن اختلفا قدم قول من يستبقها بعينها لان العقد يقتضي ذلك الا ان يكون مما تقل قيمته بالتجفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فيباع ويجعل ثمنه رهناً ، وان اتفقا على قطع الثمرة في وقت جاز سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً ، أو كان الاصلح القطع أو الترك لان الحق لا يخرج عنها ، وان اختلفا قدم قول من طالب الاصلح ان كان ذلك قبل حلول الحق ، وان كان الحق حالاً قدم قول من طلب القطع لانه ان كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم اجابته ، وان كان الراهن فهو يطلب بثبوت ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في تبقية غرراً . ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ، ويحتمل أن ينظر في الثمرة فان كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجبر الممتنع من قطعها لان ذلك اتلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقص داره لبيع أبقاضها ، ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها ، فان كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال لما فيه من اضاءة المال والله أعلم

(فصل) فان كان الرهن ماشية تحتاج الى اطراق الفحل لم يجبر الراهن عليه لانه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج اليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونه زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وان احتاجت الى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لان ذلك يجري مجرى علفها فان اراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تناسك به فللمرتهن منعه لان في السفر بها اخراجها عن نظره ويده ، وان اجذب مكانها فلم تجد ما تناسك به فللراهن السفر بها لانها تهلك اذا لم يسافر بها الا انها تكون في يد عدل يرضيان به او ينصبه الحاكم ولا يفرد الراهن بها ، فان امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لان في بقائها هلاكها وضائع حقه من الرهن ، وان أراد جميعا السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الاصلح فان استويا قدم قول المرتهن ، وعند الشافعي يقدم قول الراهن وان كان الاصلح غيره لانه املك بها الا أنه يكون مأواها الى يد عدل . ولنا ان اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وايهما اراد نقلها عن البلد مع خضبه لم يكن له سواء اراد نقلها الى مثله او اخضب منه اذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع امكان ترك السفر به وان اتفقا على نقلها جاز سواء كان انقم لها اولاً لان الحق لا يخرج عنها

وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي ولان الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرّة

ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الامة واذنها كما لو اذنت في قطع يدها ولانه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فساكن عليه عوضها كما لو اكرهها وكأرش بكارها لو كانت بكراً والحديث مخصوص بالمكرهه على البناء فان الله تعالى سهاها بذلك مع كونها مكرهه عليه فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصن) وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسائلنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها ويفارق الحرّة فان المهر لو وجب لوجب لها وقد اسقطت حقها باذنها وهما المستحق لم يأذن ولان الوجوب في الحرّة باكرهها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما تعلق السقوط باذنه ينبغي ان يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل او غير معتقد له او ادعى

(فصل) وان كان عبداً يحتاج الى ختان والدين حال او اجله قبل برئه منه لانه ينقص منه وفيه ضرر ، وان كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لانه من الواجبات ويزيد في الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنة ختانه على الراهن ، وان مرض فاحتاج الى دواء لم يجبر الراهن عليه لانه لا يتحقق أنه سبب لباقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة ، وان اراد الراهن مداوانه بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لانه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما ، فان كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فالمرتهن منعه لانه لا يأمن تلفه ، وان احتاج الى فصد أو احتاجت الدابة الى توديع ومعناه فتح الودجين ليسيل الدم وهما عرقان غليظان من جانبي شجرة اشجر او تزيغ وهو فتح الرهضة فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرر ، وان احتجج الى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز ، وان خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر ، وان كانت به آكلة كان له قطعها لانه يخاف من تركها لا من قطعها ، وان كان به خيثة فقال اهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقاءها فللراهن قطعها والا فلا ، وان تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لانه يحدث جرحاً فيه لم يرجح احداً ، وان كانت به سلعة او اصبع زائدة لم يملك الراهن قطعها لان قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه ، وان كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجي نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع ، وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه . وقال القاضي : له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ملكه ، وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه ، ولو اراد المرتهن مداوانها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره ، وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلاً فاحتاج الى تأخير فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف اوسعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من اجزائه او من ثمائه ، وقال اصحاب الشافعي ليس من الرهن بناءاً منهم على ان تمام الرهن ليس منه . ولا يصح ذلك ههنا لان السهم من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول واقاض البدار وان كان الرهن كرماً فله زباره لانه لمصلحته ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن ، وان كان الشجر

شبهة او لم يدعها لان المهر حق آدمي فلا يسقط بالشبهات ولا تصير هذه الامنة ام ولد للمرتهن بحال سواء ملكها بعد الوضع او قبله وسواء حكما برق الولد او حرته لانه اجلها في غير ملكه
 ﴿مسئلة﴾ قال (واذا جنى العبد المرهون فالجني عليه أحق برقبته من مرتهنه حتى يستوفي حقه فان اختار سيده أن يفديه وفعل فهو رهن بحاله)

وجلته ان العبد المرهون إذا جنى على إنسان او على ماله تعلقت الجناية برقبته فكانت مقدمة على حق المرتهن لانعلم في هذا خلافا . وذلك لان الجناية مقدمة على حق المالك والملك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن . فان قيل حق المرتهن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدما على حقه فيقدم على ما ثبت بعقده ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى فان كانت جنايته موجبة للفصاص فلولي الجناية استيفاؤه ، فان اقتصر سقط

مزدحما وفي قطع بعضه صلاح لما يبقى فله ذلك ، وان اراد تحويله كله لم يملك ذلك ، وان قيل هو الاول لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن . وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن إذا امتنع منها أجبره الحاكم عليها فان لم يفعل اكترى الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن ، فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء ، وان كان باذن الراهن محتسبا بالرجوع رجع ، فان أنفق باذن الراهن ليكون الرهن رهنا بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصبر رهنا بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن انفق متبرعا وقال المرتهن بل أنفقت محتسبا بالرجوع فالقول قول المرتهن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها وعليه اليمين لان ما قاله الراهن محتمل ، وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأجير وأشباههما لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها سواء أنفقها محتسبا أو متبرعا

﴿مسئلة﴾ (وهو أمانة في يد المرتهن إن تلف بغير تعد منه فلا شيء عليه ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه)

وجملة ذلك أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن فان كان تلفه بتعد أو تفریط في حفظه ضمنه لانعلم في ذلك خلافا لانه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفریطه كالوديعة فاما ان تلف بغير تعد منه ولا تفریط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهري والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ، وروي عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كاللوث والحريق فمن ضمان الراهن ، وان ادعى تلفه بأمر خفي لم يقبل قوله ويضمن ، وقال الثوري وأبو حنيفة يضمنه المرتهن باقل الامرين من قيمته أو قدر الدين ويروى ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى عطاء أن رجلا رهن فرسا فنفق عند المرتهن فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فآخبره بذلك فقال « ذهب حقك » ولانها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها

الرهن كما لو تلف وإن عفا على مال تعلق برقبة العبد وعار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد أنت خير بين فدائه وبين تسليمه للبيع، فإن اختار فدائه فبكم يفديه ؟ على روايتين (إحداها) بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لا نهان كان الارش أقل فالجنى عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وإن كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لأن ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو ألتفه (والثانية) يفديه بأرش جنايته بالغاً ما بالغ لأنه ربما يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته فإذا فداء فهو رهن بحاله لأن حق المرهن قائم لوجود سببه وإنما قدم حق الجاني عليه لقوته ، فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرهن في ركة مفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر ، فإن امتنع قيل للمرهن أنت خير بين فدائه وبين تسليمه فإن اختار فدائه فبكم يفديه ؟ على الروايتين فإن فداء باذن الراهن رجع به عليه لأنه أدى الحق عنه باذنه فرجع به كالمو

من قبضها لذلك ، أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفي ، ولأنه محبوس بدين فكان مضموناً كالبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه .

ولنا ما روى ابن أبي ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال « لا يفلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الاثرم عن احمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذؤيب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذؤيب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه وباقيه سواء » قال ووصله ابن المسيب عن ابي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث ابن أبي أنيسة ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين ، ولأنه مقبوض بعقد واحد بمضعة أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة ، وعلى مالك أن ما لا يضمن به المقار لا يضمن به الذهب كالوديعة فأما حديث عطاء فهو مرسل وقوله بخالفه . قال الدارقطني يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذاباً وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقلك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الرهن ، والحديث الآخر أن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفي فانه صار ملكاً للمستوفي وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن والمبيع قبل القبض ممنوع إذا ثبت ذلك فانه لا يسقط بهلاكه شيء من دينه وهو قول الشافعي لأن الدين كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف ولم يوجد ما يسقطه فبقي بحاله

(مسئلة) (وان تلف بمضعة فباقيه رهن بجميع الدين)

لأن جميعه كان رهناً بجميع الدين ، فإذا تلف البعض بقي البعض الآخر رهناً بجميع الدين لأن الاصل بقاء ما كان على ما كان ، ولأن الباقي بعض الجملة ، وقد كان الجميع رهناً فيكون البعض رهناً لأنه من الجملة

(فصل) وإذا قضا حقه وأبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يد المرتهن ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضا كان مضموناً وإذا أبرأه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه ، وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه رده لأنه أمسكه باذن مالكة ولا يختص ببقعه فهو كالوديعة بخلاف المارية فانه يختص ببقعها وبخلاف مالو أطارت الريح الى داره ثوباً فانه يلزمه رده الى مالكة لأن مالكة لم يأذن في امساكه ، فاما ان غلبه المالك في

قضى دينه باذنه وإن فداه متبرعا لم يرجع بشيء، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، وإن زاد في الفداء على الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً، ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل إلا أنه لا يرجع بما فداه به بغير إذنه قولاً واحداً، وإن شرط له الراهن الرجوع رجوع قولاً واحداً، وإن قضاه باذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر في غير هذا الموضع فإن فداء وشرط أن يكون رهناً بالفداء، مع الدين الأول فقال القاضي يجوز ذلك لأن الجني عليه يملك بيع العبد وإبطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ولأن أورش الجناية متعلق به وإنما ينتقل من الجناية إلى الرهن، ويحتمل أن لا يصح لأن العبد رهن بدين فلا يجوز رهنه ثانياً بدين سواه كما لو رهنه بدين سوى هذا وذبح أبو حنيفة إلى أن ضمان جناية الرهن على المرتهن فإن فداء لم يرجع بالفداء، وإن فداء الراهن أو بيع

هذه الحال لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه إليه إذا أمكنه، فإن امتنع صار ضماناً كالمودع إذا امتنع من رد الوديعة بعد طلبها فإن كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينهما طريق مخوف أو باب مغلق لا يمكنه فتحه أو خاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت وقت صلاة أو كان به مرض أو جوع شديد ونحوه فأخّر التسليم لذلك لم يضمن لأنه لا تقربط منه شبه المودع

(فصل) وإذا قبض الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكة والرهن باطل من أصله، فإن أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر الضمان عليه وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك، وإن ضمن الراهن رجع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف بتقربطه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يستقر الضمان عليه أيضاً لأن مال الغير تلف تحت يده العادية شبه ما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه فهو كالوديعة، فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (الثالث) للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب لأنه غره فرجع عليه كالغرور بحرية أمة

(مسألة) (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضى جميع الدين)

وجملة ذلك أن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن فيصير محبوساً بكل الحق وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضى جميع الدين سواء كان مما يمكن قسمته أو لا. قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئاً بمال فأدى بعض المال وأراد إخراج بعض الرهن أن ذلك ليس له ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه أو يبرئه من ذلك كذلك قال مالك والثوري والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرهن وثيقة بحق فلا يزول إلا بزوال جميعه كالضمان والشهادة.

(مسألة) (وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه)

إذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه فوفى أحدهما خرجت حصته من الرهن لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدتين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفرداً فإن أراد مقاسمة المرتهن وأخذ نصيب من وفاءه، وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالملك والموزون فله ذلك، وإن كان مما تنقصه القسمة لم يجب قسمته لأن على المرتهن ضرراً فيها ويقر

في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في أن الرهن من ضمان المرتهن وهذا يأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى ، وإذا لم يفد الجاني فبيع في الجناية التي تستغرق قيمته بطل الرهن وإن لم تستغرقها يبيع منه بقدر أرش الجناية وباقيه رهن إلا أن يتعذر بيع بعضه فيباع الكل ويجعل بقية الثمن رهناً ، وقال أبو الخطاب هل يباع منه بقدر الجناية أم يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرش جنايته رهناً ؟ على وجهين

(فصل) وإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون الجناية غير موجبة للقود كجناية الخطأ أو شبه العمد أو اتلاف مال فيكون هدرأ لأن العبد مال لسيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) أن تكون موجبة للقود فلا يخلو من أن تكون على النفس أو على ماله فان كانت على ماله مادون النفس فالحق للسيد فان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا وكذلك

في يد المرتهن بعضه رهن وبعضه ودبعة ، وقال أبو الخطاب فيمن رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما يبقى جميعه رهناً عند الآخر حتى يوفيه ، وكلامه محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً إذ لا يجوز أن يقال أنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً

(مسألة) (وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما انفك في نصيبه)

لما ذكرنا وقد قال أحمد في رواية مهنا في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على ألف فقضاء أحدهما ولم يقض الآخر فالدار رهن على ما بقي وهذا من كلام أحمد محمول أيضاً على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً عند الآخر لأنه إنما رهنه نصفها

(فصل) ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهذه أربعة عقود ويصير كل ربيع من العبد رهناً بمائتين وخمسين فتقضيها من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر ذكره القاضي وهو الصحيح

(مسألة) (وإذا حل الدين وامتنع من وفائه فإن كان الراهن اذن للمرتهن أو العدل في بيع الرهن باعه ووفى الدين والا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملة ذلك أنه إذا حل الدين لزم الإيفاء لأنه دين حال فلزم إيفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد اذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه لأن هذا هو المقصود من الرهن وقد باعه باذن صاحبه في قضاء دينه فصح كما في غير الرهن وما فضل من ثمنه فهو للمالك وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن وإن لم يكن أذن لهما في بيعه أو كان قد اذن لهما ثم عزلهما طوب بالوفاء أو بيع الرهن فإن أبى فعلى الحاكم ما يرى من حبسه أو تعزيره لبيعه أو يبيعه الحاكم بنفسه أو نائبه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله فلم ينفذ بيعه بنفي اذنه . ولنا أنه حق تعيين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كالإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن شرط في الرهن جعله على يد عدل صح وقام قبضه مقام قبض المرتهن)

ان عفا على غير مال ، وان أحب ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فيثبت له ذلك بجنايته عليه ولان القصاص يجب الزجر والحاجة تدعو إلى زجره عن سيده فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه وقضاء عن الدين لانه يخرج عن كونه رهناً باختياره فكان عليه بدله كما لو اعتهه ، وان كانت الجناية على النفس فللورثة استيفاء القصاص وليس لهم العفو على مال وذكر القاضي وجهاً آخر ان لهم ذلك لان الجناية حصلت في ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على اجنبي ، وللشافعي قولان كالْمُذْهِبَيْنِ فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على نحو ما ذكرناه

(فصل) وان جنى العبد المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين (احدهما) ان لا يكون مرهوناً فحكمه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته وجبة له وان عفا على مال او غيره

وجملة ذلك أن المتراهنين إذا شرطاً كون الرهن على يدي رجل رضياً وافقاً عليه جاز وكان وكلاً للمرهن نائباً عنه في القبض فتى قبضه صح قبضه وقام مقام قبض المرهن في قول أكثر الفقهاء منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحكم والحارث المكي وقادة وابن أبي ليلى لا يكون مقبوضاً بذلك لان القبض من تمام العقد فتعلق بالمتأقدين كالإيجاب والقبول

ولنا أنه قبض في عقد فجاز فيه التوكيل كسائر القبوض وفارق القبول لان الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه لأنه مخاطب به ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له صح أيضاً وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر القبض فيه . إذا ثبت هذا فانه يجوز أن يجعل الرهن على يدي من يجوز توكيله وهو الجائر التصرف مسلماً كان أو كافراً عدلاً أو فاسقاً ذكراً أو أنثى ولا يكون صبياً لانه غير جائز التصرف مطلقاً فان فعلاً كان قبضه وعدم القبض واحداً ولا عبداً بغير إذن سيده لان منافع العبد لسيدته فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير اذنه فان أذن له السيد جاز . وأما المكاتب فيجوز جعل لان له الكسب وبذل منافعه بغير إذن السيد ولا يجوز بغير جعل لانه ليس له التبرع بمنافعه .

(مسئلة) (فان شرط جملة في يد اثنين فليس لاحدهما الاقتراد بحفظه)

لان المتراهنين لم يرضيا الا بحفظهما معاً فلم يحز لاحدهما الاقتراد به كالوصين فان سلمه أحدهما إلى الآخر فعليه ضمان النصف لانه القدر الذي تعدى فيه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الآخر إذا رضي أحدهما بامساك الآخر جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان مما ينقسم اقتسامه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه لان اجتماعهما على حفظه يشق عليها فحمل الامر على أن لكل واحد منهما الحفظ

ولنا أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً فلم يحز لاحدهما الاقتراد بذلك كالوصيين ولا يجوز لاحدهما الاقتراد بالتصرف . قولهم ان الاجتماع على الحفظ يشق ممنوع لامكان جملة في خزن عليه لكل واحد منهما قفل

(مسئلة) (وليس للراهن ولا للمرهن إذا لم يتفقا ولا للاحكام نقله عن يد العدل الا ان يتغير حاله)

أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرأً وسواء كانت المجني عليه قنأً أو مديراً أو أم ولد (الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو عند غيره فإن كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص فإن اقتصر بطل الرهن في المجني عليه وعليه قيمته للمقتصر منه فإن عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكانا رهناً بحق واحد فجأته هدر لأن الحق يتعلق بكل واحد منهما فإذا قتل أحدهما بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وإن كان كل واحد منهما مرهوناً بحق مفرد ففيه أربع مسائل (إحداهما) أن يكون الحقتان سواء وقيمتها سواء فتكون الجناية هدرأً سواء كان الحقتان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بألف درهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لأنه لا فائدة في اعتبار الجناية (المسئلة الثانية) أن يختلف الحقتان وتتفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة . فإن

وجملة ذلك أن العدل مادام بحاله لم يتغير عن الأمانة ولا حدثت بينه وبين أحدهما عداوة فليس لأحدهما ولا للآخر أن يملك رده عن يده لأنها رضا به في الابتداء وإن اتفقا على نقله جاز لأن الحق لهما لم يعبدها وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن فلم يتغير حاله لم يكن للراهن ولا للحاكم نقله عن يده ، فإن تغيرت حال العدل بفسق أو ضعف أو حدثت عداوة بينه وبينها أو بينه وبين أحدهما فمن طلب نقله عن يده له ذلك ويضعاه في يد من اتفقا عليه . فإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم وعمل بما ظهر له ، وهكذا لو كان في يد المرتهن فتغيرت حاله في الثقة والحفظ فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ليضعه في يد عدل ، وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن فانكره بحث الحاكم عن ذلك وعمل بما بان له . فإن مات العدل أو المرتهن لم يكن لورثتهما إمساكه إلا برضاها فإن اتفقا عليه جاز ، وإن اتفقا على عدل يضعانه عنده فلهما ذلك لأن الحق لهما فيفوض أمره إليهما . وإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل أو اختلف الراهن وورثة المرتهن رفعوا الأمر إلى الحاكم ليضعه على يد عدل فإن كان الرهن في يد اثنين مات أحدهما أو تغيرت حاله بفسخ أو ضعف عن الحفظ أو عداوة أقام مقامه عدل يضم إلى العدل الآخر فيحفظان معا

﴿ مسئلة ﴾ (وله رده إليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر)

وجملة ذلك أن العدل متى أراد رده عليها فله ذلك وعليها قبوله لأنه أمين بتطوع بالحفظ فلم يلزمه المقام عليه فإن امتنع أجبرها الحاكم فإن تغيبا نصب الحاكم أميناً يقبضه لهما لأن الحاكم ولاية على الممتنع من الحق الذي عليه فإن دفعه إلى أمين من غير امتناعها ضمن الأمين وضمن الحاكم لأنه لا ولاية له على غير الممتنع وكذلك لو تركه العدل عند آخر مع وجودها ضمن وضمن القابض فإن امتنع ولم يجد حاكماً فتركه عند عدل آخر لم يضمن . وإن امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر فإن فعل ضمن . والفرق بينهما أن أحدهما يمسكه لنفسه والعدل يمسكه لهما هذا فيما إذا كانا حاضرين . فإن كانا غائبين نظرت فإن كان للعدل عذر من مرض أو سفر أو نحوه دفعه إلى الحاكم فقبضه منه أو نصب له عدلاً يقبضه لهما . فإن لم يجد حاكماً أودعه عند ثقة وليس له أن يودعه عند ثقة مع وجود الحاكم فإن فعل ضمن . فإن لم يكن له عذر وكانت الغيبة بعيدة قبضه الحاكم منه فإن لم

كان دين القاتل أكثر لم ينقل إلى دين المقتول لعدم الغرض فيه وإن كان دين المقتول أكثر فنقل إلى القاتل لأن للمرهون غرضاً في ذلك ، وهل يباع القاتل ويجعل قيمته رهناً مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لأنه لا فائدة فيه (والثاني) يباع لأنه ربما زاد فيه مزايد فبلغه أكثر من ثمنه فإن عرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسئلة الثالثة) أن يتفق الدينان وتختلف القيمتان بأن يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين ، فإن كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله ، وإن كانت قيمة الجاني أكثر يبيع منه بقدر جنايته يكون رهناً بدين الجاني عليه والباقي رهن بدينه . وإن اتفقا على بقيته ونقل الدين إليه صار مرهوناً بها ، فإن حل أحد الدينين يبيع بكل حال لأنه إن كان دينه المعجل يبيع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر فإن كان المعجل الآخر يبيع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه (المسئلة الرابعة)

يجد حاكماً دفعه إلى عدل ، وإن كانت الثغمة دون مسافة القصر فهو كما لو كانا حاضرين لأنها في حكم الإقامة ، وإن كانا أحدهما حاضراً وحده فحكمهما حكم الغائبين وليس له دفعه إلى الحاضر منهما وفي كل موضع قلنا لا يجوز له دفعه إلى أحدهما إذا دفعه إليه لزمه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر لأنه فرط في دفعه إليه وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » رواه أبو داود والترمذي والنسائي

(مسئلة) (فإن أذن له في البيع لم يبيع إلا بنقد البلد فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين) وجملة ذلك أنهما إذا أذن للعدل في البيع ولم يعينا نقداً لم يبيع إلا بنقد البلد لأن الحظ فيه فإن كان فيه نقود باع بأغلبها لذلك . فإن تساوا فقال القاضي يبيع بما يؤديه إليه اجتهاده وهو قول الشافعي لأنه لا حظ . فإن تساوا يبيع بجنس الدين . والذي ذكره شيخناان النقود إذا تساوت قدم البيع بجنس الدين على البيع بما يرى فيه الحظ لأنه يمكن القضاء منه . فإن لم يكن فيها جنس الدين وتساوت النقود عنده في الحظ عين الحاكم له ما يبيع به ، وإن عينا له نقداً لم يجوز أن يخالفها لأن الحق لهما ، وإن اختلفا لم يقبل قول واحد منهما لأن لكل واحد منهما فيه حقاً للراهن ملك الثمن وللمرتهن حق الوثيقة واستيفاء حقه فعلى هذا يرفع الأمر إلى الحاكم فيأمر ببيعه بنقد البلد سواء كان من جنس الحق أو لم يكن وافق قول أحدهما أو لم يوافق لأن الحظ في ذلك ، قال شيخنا والاولى أنه يبيع بما يرى الحظ فيه . فإن كان في البلد نقود فهو كما لو لم يعينا نقداً وحكمه في البيع حكم الوكيل في وجوب الاحتياط والمنع من البيع بدون من المثل ومن البيع نساء ، ومتى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف ، وذكر القاضي رواية في البيع نساء أنه يجوز بناء على الوكيل ولا يصح لأن البيع ههنا لا يفاء دين حال يجب تعجيله والبيع نساء يمنع من ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء لم يجوز له وإنما الروايتان فيه عند اتفاق القرائن . وكل موضع حكنا بطلان البيع وجب رد البيع إن كان باقياً فإن تعذر فللمرتهن تضمين أيها شاء من العدل أو المشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه وما بقي من قيمة الرهن للراهن يرجع به على من شاء منها . وإن استوفى دينه من الراهن رجع الراهن بقيمته على من شاء منها ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحدلان

أن يختلف الدينان والقيمتان مثل أن يكون أحد الدينين خمسين والآخر ثمانين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فإن كان دين المقتول أكثر نقل اليه وإلا فلا ، وأما إن كان المجنى عليه رهناً عند غير مرتهن القائل فلا سيد القصاص لانه مقدم على حق المرتهن . بدليل أن الجناية الموجبة للعالم مقدمة عليه قالقصاص أولى فان اقتصر بطل الرهن في المجنى عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يحول رهناً مكانه وعليه قيمة المقتصر منه تكون رهناً لانه أبطل حق الوثيقة فيه باختياره . وللسيد العفو على مال فتصير الجناية كالجناية الموجبة للعالم فيثبت المال في رقة العبد لان السيد لو حنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتهن فبان يثبت على عبده أولى ، فان كان الارش لا يستغرق قيمته بشئ منه بقدر أرش الجناية يكون رهناً عند مرتهن المجنى عليه وباقيه باق عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيع بعضه ببيع جميعه وقسم ثمنه بينهما على حسب ذلك رهناً ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني لجعل رهناً عند الآخر

المين تلفت في يده ، وان ضمن العبد رجوع على المشتري

(فصل) ومتى قدر له ثمن لم يحجز يمه بدونه وان أطلق فله يمه بثمان مثله أو زيادة عليه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة له يمه ولو بدرهم والكلام معه في الوكالة : فان أطلع بائع بأقل من ثمن المثل مما يتباين الناس به صح ولا ضمان عليه لان ذلك لا يضبط غالباً وان كان القص أكثر من ذلك أو باع بأقل مما قدر له لم يصح البيع لانه يبيع لم يؤذن فيه فلم يصح كما لو خاف في التقذاختاره شيخنا ، وقال أصحابنا يصح ويضمن النقص كله

(مسئلة) (وان قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن)

اذا باع العبد الرهن باذنها وقبض الثمن فتلف في يده من غير تفريط فلا ضمان عليه لانه أمين فهو كالوكيل ولا نعلم في ذلك خلافاً ويكون من ضمان الراهن وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : يكون من ضمان المرتهن لان البيع لاجله ، ولنا أنه وكيل الراهن في البيع والثمن ما كره وهو أمين له في قبضه فاذا تلف كان من ضمان موكله كسائر الأمانة . وان ادعى التلف قالقول قوله مع يمينه لانه أمين ويتمذر عليه اقامة البينة على ذلك فان كلفناه البينة شق عليه وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الامانات ، فان خالفاه في قبض الثمن فقالا ما قبضه من المشتري وادعى ذلك ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله لانه أمين (والآخر) لا يقبل لان هذا ابراء للمشتري من الثمن فلم يقبل قوله كما لو أبرأه من غير الثمن

(مسئلة) (وان استحق المبيع رجوع المشتري على الراهن)

إذا خرج المبيع مستحقاً فالهبة على الراهن دون العبد اذا اعلم المشتري انه وكيل وهكذا كل وكيل باع مال غيره ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : الهبة على الوكيل والكلام معه يأتي في الوكالة . فان علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العبد رجوع على الراهن ولا شيء على العبد . فان قيل لم لا يرجع المشتري على العبد لانه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا لانه سلمه اليه على انه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن فلذلك لم يجب الضمان عليه ، وأما المرتهن فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسداً فان كان مشروطاً في بيع ثبت له الخيار فيه وإلا سقط حقه ، فان كان الراهن مفلساً حياً أو ميتاً كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء لانهم تساوا في ثبوت حقوقهم في الذمة فاستووا في قسم ماله بينهم ، فأما

ويحتمل أن يباع لاحتمال أن يرغب فيه راغب بأكثر من ثمنه فيفضل من قيمته شيء يكون رهناً عند مرتهنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص ان كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله الموروث من القصاص والعفو على مال لان الاستدانة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء . وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيدته وله ان يقتص فيما يوجب القصاص ، وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض أصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فاشبهت الجناية على ما دون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو

إن خرج مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن رجع المشتري على المرتهن وهو قول الشافعي : وقال أبو حنيفة يرجع على العدل ويرجع العدل على من شاء منهما من الراهن والمرتهن

ولنا أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق فكان رجوعه عليه كالمقبوض منه ، فان كان المشتري رده بعيب لم يرجع على المرتهن لانه قبض الثمن بحق ولا على العدل لانه أمين ويرجع على الراهن ، فأما إن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري انه وكيل كان للمشتري الرجوع عليه ويرجع هو على الراهن ان أقر العدل بذلك أو قامت به بينة فان أنكر ذلك فالقول قول العدل مع يمينه ، فان نكل عن اليمين فقضي عليه بالتكول أو ردت اليمين على المشتري حلف ورجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقر أنه ظلمه . وعلى قول الحرقى القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه وهو إحدى الروايتين عن أحمد ، فاذا حلف المشتري رجع على العدل ورجع العدل على الراهن ، فان تلف المبيع في يد المشتري ثم بان مستحقاً قبل وزن ثمنه فللمقبض منه تضمين من شاء من الفاسد والعدل والمرتهن والمشتري ويستقر الضمان على المشتري لان التلف في يده هذا اذا علم بالقصص . وإن لم يكن عالماً فهل يستقر الضمان عليه أو على الفاسد ؟ على روايتين

﴿مسألة﴾ (وإن ادعى دفع الثمن الى المرتهن فانكر ولم يكن قضاء بينة ضمن ، وعنه لا يضمن إلا أن يكون أمر بالأشهاد فلم يفعل وهكذا الحكم في الوكيل)

اذا ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن فانكر ففيه وجهان (أحدهما) يقبل قوله في حق الراهن ولا يقبل في حق المرتهن ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لان العدل وكيل الراهن في دفع الثمن الى المرتهن وليس بوكيل للمرتهن في ذلك اما هو وكيله في الحفظ فقط فلم يقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه كما لو وكل رجلاً في قضاء دين فادعى انه سلمه الى صاحب الدين (والثاني) يقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه ولا يقبل في نفي الضمان من غيره ذكره الشريف أبو جعفر وهو مذهب أبي حنيفة لانه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه كالمودع يدعي رد الوديعة ، فعلى هذا اذا حلف العدل سقط الضمان عنه ولم يثبت على المرتهن انه قبضه . وعلى القول الاول يحلف المرتهن ويرجع على من شاء منهما ، فان رجع عن العدل لم يرجع العدل على الراهن لانه يقول ظلمي وأخذ مني بغير حق فلم يرجع على الراهن كما لو غصبه مالا آخر ، وان جع على الراهن فهل يرجع

قول أبي ثور لانه حق يثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه ، وأصل الوجهين وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتيل ثم ينتقل إلى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين ، وكل موضع يثبت له المال في رقة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث كذلك فينتقل إلى وارثه كذلك ، وان اقتصر في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتهن فالقصاص أولى ولان القصاص يثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه (فصل) وان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتعجزه كموت ولده فيما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان أعجباً أو صيماً لا يعلم ذلك فالسيد هو القاتل

الراهن على العدل ؟ ينظر فان كان دفعه الى المرتهن بحضرة الراهن أو بينة ثبات أو غابت لم يرجع عليه لانه أمين ولم يفرط في القضاء ، وان دفعه في غيبة الراهن بغير بينة رجع عليه في إحدى الروايتين لانه فرط في القضاء بغير بينة فلزمه الضمان كما لو تلف الرهن تفريطه (والرواية الثانية) لا يرجع الراهن عليه سواء صدقه أو كذبه لانه أمين في حقه الا أنه ان كذبه فله عليه الجمين ، فان كان الراهن أمره بالشهاد فلم يفعل لزمه الضمان لانه مفرط وهكذا الحكم في الوكيل لانه في معناه

(فصل) اذا غصب المرتهن الرهن من العدل ثم رده اليه زال عنه الضمان ، ولو كان الرهن في يد المرتهن فتعدى فيه ثم ازال التعدي أو سافر به ثم رده لم يزل عنه الضمان لان استئمانه زال بذلك فلم يعد بفعله مع بقاءه في يده بخلاف التي قبلها فانه رد الى يد نائب مالكا أشبه ما لوردها الى مالكا (فصل) اذا استقرض ذمي من مسلم مالا فرهنه خيراً لم يصح سواء جمعه في يد ذمي أو غيره فان باعها الراهن أو نائبه الذمي وجاء المقرض بشمها لزمه قبوله ، فان انى قيل له اما ان قبض واما ان تبرئ لان اهل الذمة اذا تقاضوا في العقود الفاسدة جرت مجرى الصحيح . قال عمر رضي الله عنه في اهل الذمة معهم الحر : ولو هم يبيعها وخذوا من ائمانها ، وان جماعها على يد مسلم فباعها لم يجبر المرتهن على قبول الثمن لانه يبيع فاسد لا يقران عليه ولا حكر له

(مسألة) وان شرط ان يبيعه المرتهن او العدل صح فان عزلها صح عزله

اذا كان الرهن على يدي عدل فشرط ان يبيعه العدل عند حلول الحق او ان يبيعه المرتهن صح ويصح بيعه لانه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن فصح كما لو شرط صفة فيه ، وبه قال ابو حنيفة ومالك والشافعي فيما اذا شرط ان يبيعه العدل ، فان شرط ان يبيعه المرتهن ففيه اختلاف يذكر في الشروط في الرهن ، فان عزل الراهن العدل أو المرتهن عن البيع صح ولم يملك البيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال ابو حنيفة ومالك لا يعزل لان وكالته صارت من حقوق الرهن فلم يكن للراهن اسقاطه كسائر حقوقه . وقال ابن ابي موسى : ويتوجه لنا مثل ذلك فان احد قد منع الحيلة في غير موضع من كتبه وهذا يفتح باب الحيلة للراهن ، فانه شرط ذلك للمرتهن ليجيبه اليه ثم يعزله . والمنصوص الاول لان الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الولايات وكونه من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرط الرهن في البيع فانه لا يصير لازماً ، وكذلك اذا مات الراهن بعد الاذن

٤٢٠ الجناية على الرهن وبيان الشروط الصحيحة والفاصلة في الرهن (المغني والشرح الكبير)

والقصاص والدية متعلقان به لا يباع العبد فيها موسراً أو مسيراً كما لو باشر السيد القتل وذكر القاضي وجهاً آخر أن العبد يباع إذا كان السيد مسيراً لأنه باشر الجناية ، والصحيح الأول لأن العبد آلة فلو تعلقت الجناية به يبع فيها وإن كان السيد موسراً ، وحكم إقرار العبد بالجناية حكم لإقرار العبد غير المرهون على ماضي بيانه في موضعه .

(مسئلة) قال (وإن جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم في ذلك سيده وما قبض بسبب ذلك من شيء فهو رهن)

وجملته أنه إذا جني على الرهن فالخصم في ذلك سيده لأنه مالكه ، والأرض الواجب بالجناية ملكه وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة فصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره فإن ترك المطالبة

تفسخ الوكالة ، وقياس المذهب أنه متى عزله عن البيع وكان الرهن مشروطاً في بيع فالمرتهن فسخ البيع الذي حصل الرهن عنه كما لو امتنع من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما أن عزله المرتهن لم يعزل لأن العدل وكيل الراهن لأن الراهن ملكه ، ولو انفرد بتوكيله صح فلم يعزل يعزل غيره لكن لا يجوز بيعه بغير إذنه وهكذا لو لم يعزله فخل الحق لم يبعه حتى يستأذن المرتهن لأن البيع لحقه فلم يجوز حتى يأذن فيه ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام أحمد لأن الإذن قد وجد فأكتفي به كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر القاضي وجهاً أنه يحتاج إلى تجديد إذن لأنه قد يكون له غرض في قضاء الحق من غيره . والأول أولى فإن الإذن كاف ما لم يغير والغرض لا اعتبار به مع صريح الإذن بخلافه بدليل ما لو جدد الإذن بخلاف المرتهن فإن البيع يقتصر إلى مطالبة بالحق ومذهب الشافعي نحو هذا

(فصل) ولو اتلف الرهن في يد العدل اجنبي فعلى الجاني قيمته تكون رهناً في يده وله المطالبة بها لأنها بدل الرهن وقائمة مقامه وله امساك الرهن وحفظه ، فإن كان المترهناً إذاً له في بيع الرهن فقال القاضي قياس المذهب أن له بيع بدله لأن له بيع نساء الرهن تبعاً للأصل فالبدل أولى ، وقال أصحاب الشافعي ليس له ذلك لأنه متصرف بالإذن فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه والمأذون في بيعه قد تلف وبدله غيره ، وللقاضي أن يقول أنه قد أذن له في بيع الرهن والبدل رهن ثبت له حكم الأصل من كونه يملك المطالبة به وامساكه واستيفاء دينه من ثمنه فكذلك بيعه ، فإن كان البدل من جنس الدين وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ملك أيقاه منه لأن بدل الرهن من جنس الدين فأشبهه ثمن المبيع

(مسئلة) (فإن شرط أن لا يبيعه عند الحل أو أن جاءه بحقه في محله والا فالرهن له لم يصح الشرط وفي صحة الرهن روايتان)

الشروط في الرهان قسمان : صحيح وفساد فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يدي عدل أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا تفعل في صحته خلافاً فإن شرط أن يبيعه المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لأنه وكيل فيما يتنافي فيه الغرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه الثاني أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير

أو آخرها أو كان غائباً أولاً عذر عنه منها فلمرتن المطالبة بها لأن حقه متعلق بموجبها فكان له الطلب به كما لو كان الجاني سيده ، ثم إن كانت الجناية موجبة للقصاص فلا سيد القصاص لأنه حق له وإنما ثبت ليستوفي ، فإن اقتصر أخذت منه قيمة أقلها قيمة فجعلت ، كانه رهنا نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول اسحاق ويتخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لأنه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن أن يسمى للمرتن في اكتساب مال

ولنا أنه أئلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن فنرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص للسيد في عبده المرهون وإنما أوجبنا أقل القيمتين لأن حق المرتن إنما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو أقل القيمتين لأن الرهن إن كان أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن كان الجاني أقل لم يجب أكثر من قيمته وإن عفا على مال صح عفوّه ووجب أقل القيمتين

التمن والمرتن يريد تعجيل الحق وإنجاز المبيع . ولنا ما جاز توكيل غير المرتن فيه جاز توكيل المرتن فيه كيبيع عين أخرى ، ولأن من جاز أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعديل ولا يضر اختلاف الفرضين إذا كان غرض المرتن مستحقاً له وهو استيفاء التمن عند حلول الحق وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بفرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السماح به كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله وقبض منه ، ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، ولئن سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً ومشترياً وموجباً قابلاً وقابضاً من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) إذا رهنه أمة فشرطاً كونها عند امرأة أو ذي محرم أو كونها في يد المرتن أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها مثل أن يكون لها زوجات أو سراري ، أو نساء من محارمها معها في دارهما جاز لأنه لا يفضي إلى محرم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط لافضائه إلى الخلوة المحرمة فلا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لأنه لا يعود إلى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده ، وإن كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز أيضاً كالامة ، ويحتمل أن لا يصح لأن للامة عرفاً بخلاف العبد ، والاول اصح فإن الامة إذا كان المرتن بمن يجوز وضعها عنده كالعبد ، وإذا كان مرتن العبد امرأة لا زوج لها فشرط كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها لم يجز أيضاً فاستويا

(القسم الثاني) الشروط الفاسدة وهو أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن لا يباع الرهن عند حلول الحق أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع ما خيف تلفه أو يبيع الرهن بأي ثمن كان ، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لما فاتها مقتضى العقد فإن المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود ، وكذلك أن شرطاً الخيار للراهن أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه . أو توقيت الرهن أو أن يكون رهنا يوماً ويوماً لا ، أو كون الرهن في يد الراهن أو أن يقتفع به المرتن أو كونه ، ضمونا على المرتن أو العدل فهذه كلها فاسدة لأن منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته ، وعن أحمد إذا شرط في الرهن أن يتففع به المرتن أنه يجوز في البيع . قال القاضي : معناه أن يقول بعتك هذا الثوب بدنيار بشرط أن ترهنني عبدك بخدمني شهراً فيكون بيعاً واجارة فهو صحيح ، وإن أطلق فالشرط باطل لجهالة الثمن ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن

لما ذكرنا هذا اذا كان القصاص قتلا ، وان كان جرحا او قلع سن ونحوه قالوا يجب بالعفو أقل الامر من أرش الجرح أو قيمة الجاني ، وان عفا مطلقا أو على غير مال ابني ذلك على موجب العمد ماهو ؟ فان قلنا موجبه أحد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحسبه حكم ما لو اقتص ، ان قلنا ثم تجب قيمته على الراهن وجب ههنا وهو اختيار أبي الخطاب لأنه فوت بدل الرهن بفعله أشبه ما لو اقتص ، وان قلنا لا يجب على الراهن شيء ثم لم يجب ههنا شيء وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنها كتساب مال فلا يجبر عليه ، وأما ان كانت الجناية موجبة للعالم أو ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويكون من غالب نقد البلد كقيم المتلفات فلو أراد الراهن أن يصلح عنها أو يأخذ حيوانا عنها لم يحجز الا بأذن المرتهن فان أذن فيه جاز لان الحق لها لا يخرج عنها وما قبض من شيء فهو رهن بدلا عن الاول نائبا عنه وقائما مقامه فان عفا الراهن عن المال فقال القاضي

إلى أجل في الدور والأرضين وكرهه في الحيوان والياب وكرهه في القرض ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض ، فان شرط شيئا منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط ، فاذا لم يعلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدونه ، وقيل ان شرط الرهن مؤقنا أو رهنه يوما ويومالا فسد الرهن وهل يفسد بسائرهما ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع ، ونصر أبو الخطاب في رموس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال « لا يعلق الرهن » وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده ، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وحبا واحداً ومالا فعلى وجهين وهو مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن (فصل) وان شرط أنه متى حل الحق ولم توفي فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد ، وروي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لما روى عبدالله بن جعفر قال قال رسول الله ﷺ « لا يعلق الرهن » رواه الاثرم قلت لاحد ما معنى قوله « لا يعلق الرهن » ؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدرهم الى كذا وكذا والا فالرهن لك ، قال ابن المنذر هذا معنى قوله لا يعلق الرهن عند مالك والثوري وأحمد وفي حديث معاوية بن عبدالله بن جعفر أن رجلا رهن داراً بالمدينة الى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن: مزلي فقال النبي ﷺ « لا يعلق الرهن » ولأنه علق البيع على شرط فانه جعله مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح فاذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . وفيه رواية أخرى أنه لا يفسد لما ذكرنا في الشروط الفاسدة ، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رموس مسائله ، واحتج بالحديث المذكور فبقي غلق الرهن على أصله فدل على صحته ولان الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط فمع بطلانه أولى أن يرضي به ؟ ولنا انه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توقيته وليس في الخبر انه بشرط ذلك في ابتداء العقد

(فصل) وإذا قال الغريم رهنتك عبدي هذا على ان تزيدني في الاجل كان باطلا لأن الاجل لا يثبت في الدين الا ان يكون مشروطاً في عقد قد وجب به واذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جملة في مقابلته ولان ذلك مضاهي ربا الجاهلة كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

يسقط حق الراهن دون حق المرتهن فتؤخذ القيمة تكون رهنا فاذا زال الرهن رجع الارش الى الجاني كما لو اقر أن الرهن مضمون أو جان ، وان استوفى الدين من الارش احتل أن يرجع الجاني على العافي لان ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو غصبه أو استثماره فرهنه واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه فأشبهه مالو جنى انسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلقت بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب يصح العفو مطلقا ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهنا لانه أسقط دينه عن غريمه فصح كسائر ديونه قال ولا يمكن كونه رهناً مع عدم حق الراهن فيه فلزمته القيمة لتفويته حق المرتهن فأشبهه مالو تلقى بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلاً لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفي عن غاصبه وهذا أصح في النظر ، وان قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وان قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لان ذلك يتضمن اسقاط حقه ، فاذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لان العفو والبراء منه لا يصح فلم يصح ما تضمنه

(فصل) وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء له ، وان كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه ، فان صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه ، فاذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الارش الى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وان استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لانه مقر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملاً فضر بطنها أجني فألقت جيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمة ، وإن ألقته حياً ثم مات لوقت بعش مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لانه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها . ويحتمل ان يضمن نقصها بالولادة لانه حصل بفعله فلزمته ضمانه كما لو غصبها ثم جنى

(فصل) اذا كان له على رجل ألف فقال اقرضني ألفاً بشرط أن أرهنيك عبدي هذا بالفين فنقل حبل عن احمدان القرض باطل ، وهو مذهب الشافعي لانه قرض يحجر منفعة وهي الاستيناق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن فان قيل اليس لو شرط ان يعطيه رهنا بما يقتضيه جاز؟ قلنا ليس هذا قرضاً جر منفعة لان غاية ما حصل له تأكيده الاستيفاء لبدل ما اقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيناق لدينه الاول فقد شرط استيناقاً لغير موجب القرض . ونقل معنا ان القرض صحيح ولعل أحد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي الى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الف الف الاول وحده . ولو كان مكان القرض بيع فقال يعني عبدك هذا بألف على أن أرهنيك عبدي به وبالف الآخر الذي علي فالبيع باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول لكونه جعله ألفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف الاول وتلك المنفعة مجهولة ولا نه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفردته أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) اذا فسد الرهن وقبضه المرتهن فلا ضمان عليه لانه قبضه بحكم أنه رهن وكل عقد كان صحيحاً مضموناً أو غير مضمون ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرط أن يصبر المرتهن بعد انقضاء

عليها . ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنيتها لأن سبب ضمانها وجد فإذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان أكثرها ، وإن ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما نقصتها الجنابة لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام . وقال الشافعي ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن لأن نماء الرهن ليس برهن . ولذا إن هذا ضمان يجب بسبب الجنابة على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة ، وقولهم إن نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم

(مسئلة) قال (وإذا اشترى منه سلعاً على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه أو على أن يمطيه بالثمن حميلاً يعرفانه فالبيع جائز ، فإن أبي تسليم الرهن أو أبي الحمل أن يتحمل فالبائع مخير في فسخ البيع وفي إقامته بلا رهن ولا حمل)

الحمل الضمين وهو فعل بمعنى فاعل يقال ضمين وحمل وقيل وكفيل وزعيم وصبير بمعنى واحد وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح والشرط صحيح أيضاً لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً إذا كان معلوماً ولذلك قال الخرقي يعرفانه في الرهن والضمين معاً . ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين المشاهدة أو الصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض ، وأما الضمين فيعلم بالإشارة إليه أو تعريفه بالاسم والنسب ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لأن الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه باطلاق ، ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدن أو يضمني أحد هذين الرجلين لم يصح لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح شرط الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدين لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقاً كالشهادة ، وقال أبو حنيفة إذا قال على أن أرهنيك أحد هذين العبدن جاز لأن يبعه جائز عنده

مدته صار بعد ذلك مضموناً لأنه مقبوض بحكم بيع فاسد . وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان . وإن كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كفر من الغاصب لأنه غرس بغير إذن وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط أن الرهن يصير له فقد غرس باذن لأن البيع قد تضمن الاذن وإن كان فاسداً فلي هذا يكون مخيراً بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يلزمه بقلعه ويضمن له ما نقص (فصل) إذا اشترى سلعاً وشرط أن يرهنه بها شيئاً من ماله أو شرط ضمناً فالبيع والشرط صحيح لأنه من مصلحة العقد غير مناف لمقتضاه ولا نعلم في صحته خلافاً إذا كان معلوماً . ومعرفة الرهن تحصل بالمشاهدة وبالصفة التي يعلم بها الموصوف كما في السلم ويتعين بالقبض . والضمين يعلم بالإشارة إليه ويذكر اسمه ولا يصح بالصفة بأن يقول رجل غني من غير تعيين لأن الصفة لا تأتي عليه ، ولو قال بشرط رهن أو ضمين كان فاسداً لأن ذلك يختلف وليس له عرف ينصرف إليه بالاطلاق . ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدن أو يضمني أحد هذين الرجلين لم يصح لأن الغرض يختلف فلم يصح مع عدم التعيين كالبيع ، وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح الرهن المجهول ويلزمه أن يدفع

ولنا انه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كنه ولانه عقد يختلف فيه المقنود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع ، وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع حملت عليه ، والكلام مع ابي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيها واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري ان وفي بالشرط فسلم الرهن او حمل عنه الحمل لزم البيع وان ابي تسليم الرهن او ابي الحمل أن يتحمل عنه فلبائع الخيار بين فسخ البيع وبين امضائه والرضا به بلا رهن ولا حمل فان رضي به لزمه البيع وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا كان مشروطا في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وان وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه فأشبهه الخيار ، وقال القاضي ما عدا المسكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ، وقد مضى الكلام معهم في اول الباب ولانه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع او كغير المسكيل والموزون وانما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يقتصر الى تسليم فاكنت في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان اذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره . ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبى ذلك ، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط صفة في الثمن فلم يف بها ولانه أحد المتعاقدين فاذا لم يف بما شرط في العقد ثبت الخيار لصاحبه كالبائع إذا شرط المبيع على صفة فان بخلافها (فصل) ولو شرط رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيره لم يلزم البائع قبوله وان كان ما أتى به خيرا

اليه رهنا بقدر الدين لانه وثيقة تجاز شرطها مطلقا كالشهادة . وقال أبو حنيفة اذا قال على أن أرهناك أحد هذين العبدين جاز لان بيعه جائز عنده

ولنا انه شرط رهنا مجهولا فلم يصح كما لو شرط رهن مافي كنه ولانه عقد يختلف فيه المقنود عليه فلم يصح مع الجهل كالبيع . وفارق الشهادة فان لها عرفا في الشرع فحملت عليه والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع فان الخلاف فيه واحد ، اذا ثبت هذا فان المشتري إن وفي بالشرط فسلم الرهن أو ضمن عنه الضامن لزم البيع . وإن أبى تسليم الرهن أو أبى الضامن أن يضمن فلبائع الخيار بين فسخ البيع وامضائه والرضا به بلا رهن ولا ضمين فان رضي لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك وأبو ثور يلزم الرهن اذا شرط في عقد البيع ويجبر عليه المشتري وإن وجده الحاكم دفعه الى البائع لان عقد البيع وقع عليه أشبه الخيار والاجل ، وقال القاضي ما عدا المسكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد وقد مضى الكلام فيه

ولنا أنه رهن فلم يلزم قبل القبض كما لو لم يكن مشروطا في البيع أو كالمسكيل والموزون وإنما لزم الخيار والاجل بالشرط لانه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع ولان الخيار والاجل يثبت بالقول ولا يقتصر الى تسليم فاكنت في ثبوته بمجرد القول بخلاف الرهن فاما الضمين فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان اذ لا يلزمه شغل ذمته ووفاء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن ثم لم يفعل لم يلزمه كما لو وعده أن يبيعه ثم امتنع ومتى لم يف للبائع بشرطه كان له الفسخ كما لو شرط له صفة في الثمن فلم يف بها

من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط وحويل أو ثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع. ولان الغرض يختلف بالاعيان فهما ما يسهل بيعه والاستيفاء من ثمنه ومنهما ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً وبعض الذمم أملاً من بعض وأسهل إيفاء فلا يلزمه قبول غيرهما عينه كسائر العقود (فصل) وان تعيب الرهن أو استحالة العصير خراً قبل قبضه فللبائع الخيار بين قبضه معيماً ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن ، وإن علم بالميب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه ارض من أجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع ، وان تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع. وإن اختلفا في زمن حدوث العيب وهوما لا يحتمل الا قول احدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما تراد لدفع الاحمال وهذا لا يحتمل ، وان احتمل قوليهما انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب في المبيع وفيه روايتان فيكون فيه ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الحرقى لقوله مثل ذلك في البيع لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه ، وإن اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض ، وان كان الرهن عصيراً فاستحال خيراً واختلفا في زمن استحالة فالقول قول الراهن نص عليه أحمد ، وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول

(فصل) ولو شرط رهناً أو ضمناً معيناً فجاء بغيرهما لم يلزم البائع قبوله وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط أو بضامن أو ثق من المعين لانه عقد على معين فلم يلزمه قبول غيره كالبيع ولان الغرض يختلف بالاعيان فهما ما يسهل بيعه ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً وبعض الذمم أملاً من بعض وأسهل فلا يلزمه قبول غير المعين كسائر العقود

(فصل) فان تعيب الرهن أو استحالة العصير خراً قبل القبض فللبائع الخيار بين قبضه معيماً ورضاه بلا رهن فيما اذا تخمر العصير وبين فسخ البيع ورد الرهن . وإن علم بالميب بعد قبضه فكذلك وليس له مع امساكه ارض من أجل العيب لان الرهن انما لزم فيما حصل قبضه وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه فلم يلزم الارش بدلا عنه بخلاف المبيع وإن تلف أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع . وان اختلفا في زمن حدوث العيب فان كان لا يحتمل الا قول احدهما فالقول قوله من غير يمين لان اليمين انما يراد لرفع الاحمال ، وان احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف المتبايعين في حدوث العيب وفيه روايتان فيكون ههنا وجهان (احدهما) القول قول الراهن وهو قول أبي حنيفة والشافعي لان الاصل صحة العقد ولزومه (والآخر) القول قول المرتهن وهو قياس قول الحرقى لانهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت فكان القول قوله كما لو اختلفا في قبض جزء منفصل منه ، وان اختلفا في زمن التلف فقال الراهن بعد القبض وقال المرتهن قبله فالقول قوله لانه منكر للقبض . وان كان الرهن عصيراً فاستحال خيراً واختلفا في زمن استحالة فالقول قول الراهن نص عليه أحمد . وقال القاضي يخرج فيه رواية أخرى أن القول قول المرتهن كالاختلاف في البيع . وهو قول أبي حنيفة لان الاصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف

قول المرتن كالإختلاف في البيع وهو قول أبي حنيفة لأن الأصل عدم القبض كما لو اختلفا في زمن التلف . ولنا أنها اتفاقاً على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلفا في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنها اتفاقاً على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنها اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه (فصل) ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتن ضمانه بخلاف المبيع . وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وإن هلك الرهن في يد المرتن ثم علم أنه كان معيباً لم يملك فسخ البيع لأنه تعذر عليه رده . فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يتمتع رده بمحدث العيب فيه . قلنا إنما تضمن قيمته لأن العقد لم يقع على ملكه وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة . أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئاً فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه

(فصل) ولو لم يشترط رهناً في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ولا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين ولا يملك الراهن انتزاعه ولا التصرف فيه إلا باذن المرتن إلا أنه إذا رده بسبب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) وإذا تباعاً بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه لم يصح قتاله ابن حامد وهو قول الشافعي لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكاً له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه ، وروي عن أحمد أنه قال إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون

ولنا أنها اتفاقاً على العقد والقبض واختلفا فيما يفسد به فكان القول قول من ينفيه كما لو اختلفا في شرط فاسد ، وفارق اختلفا في حدوث العيب من وجهين (أحدهما) أنها اتفاقاً على القبض ههنا وثم اختلفا في قبض الجزء الفائت (الثاني) أنها اختلفا ههنا فيما يفسد العقد والعيب بخلافه .

(فصل) ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر فله رده وفسخ البيع لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتن ضمانه بخلاف المبيع وخرجه القاضي على روايتين بناء على البيع فعلى قوله لا يملك الرد لا يملك الفسخ والصحيح ما ذكرناه ، وإن هلك الرهن في يد المرتن ثم علم أنه كان معيباً لم يملك فسخ البيع لأنه قد تمذر عليه رده . فإن قيل فالرهن غير مضمون ولهذا لا يتمتع رده بمحدث العيب فيه قلنا إنما تضمن قيمته لأن العقد لم يقع على ملكه ، وإنما وقع على الوثيقة فهو مضمون بالوثيقة ، أما إذا تعيب فقد رده فيستحق بدل ما رده وههنا لم يرد شيئاً ، فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه .

(فصل) ولو لم يشترط رهناً في البيع فتطوع المشتري برهن وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع إلا أنه إذا رده بسبب أو غيره لم يملك فسخ البيع

(فصل) وإذا تباعاً بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه لم يصح قتاله ابن حامد وهو قول الشافعي لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن ملكاً له وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه أو شرط رهنه قبل قبضه وقد روي عن أحمد أنه قال: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرطاً

شرطاً عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في نفس البيع رهنًا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن وإن لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بعينه على ثمنه فلا يصح لوجوه . منها أنه غير مملوك له . ومنها أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها أن البيع يقتضي أن يكون امساك المبيع مضموناً والرهن يقتضي أن لا يكون مضموناً وهذا يوجب تناقض أحكامهما ، وظاهر الرواية صحة رهنه . وقولهم أنه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه . وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع غير صحيح إنما يقتضي وفاء الثمن مطلقاً ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه . وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبيل تسليم الثمن ممنوع وإن سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلوا ، الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتكليف من التصرف فيه وينتهي بشرط الخيار وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث والرابع . فأما أن لم يشترط ذلك في البيع لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لأنه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه فصح رهنه على ثمنه ، وإن كان قبل لزوم البيع انبنى على جواز التصرف في المبيع في كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه وما لا فلا لأنه نوع تصرف فأشبهه بيعه

(فصل) وإذا شرط في البيع رهنًا فاسداً كالحرم والمجهول والمعدوم ومالا يقدر على تسليمه أو غير المعين أو شرط رهن المبيع على ثمنه ففي فساد البيع روايتان مضي توجيههما في الشروط الفاسدة في البيع واختار أبو الخطاب هنا فساد البيع . وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك (فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين صحيحاً وفاسداً فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه أو عدلين أو أكثر أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ولا نعلم في صحة هذا خلافاً وإن شرط أن يبيعه المرتهن صح وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يصح لأنه توكل فيما يتنافى فيه الفرضان فلم يصح كما لو وكله في بيعه من نفسه ، ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع والاحتياط في توفير الثمن والمرتهن يريد تعجيل الحق وانحياز المبيع ولنا أن ما جاز توكل غير المرتهن فيه جاز توكل المرتهن فيه كبيع عين أخرى ولأن من جاز

عليه في نفس البيع وهذا يدل على صحة الشرط لأنه يصح بيعه فصح رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية أنه شرط عليه في البيع رهنًا غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن فإن لم يف به فسخ البيع ، وأما شرط رهن المبيع نفسه على ثمنه فلا يصح لوجوه (أحدها) أنه غير مملوك له (والثاني) أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع (والثالث) أن البيع يقتضي أن يكون امساك المبيع مضموناً والرهن يقتضي أن لا يكون مضموناً (الرابع) أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولاً ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن وهذا تناقض في الأحكام ، وظاهر الرواية صحة رهنه ، قولهم أنه غير مملوك قلنا إنما شرط رهنه بعد ملكه ، وقولهم البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ممنوع إنما يقتضي إيفاء الثمن مطلقاً ، ولو تعذر وفاء الثمن من غير المبيع لاسوفي من ثمنه ، وقولهم البيع يقتضي

أن يشترط له الامساك جاز اشتراط البيع له كالعبد ولا يضر اختلاف الفرضين اذا كان غرض المرتهن مستحقاً له وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق وانجاز البيع، وعلى ان الراهن اذا وكله مع الثمن بفرضه فقد سمح له بذلك والحق له فلا يمنع من السباحة به كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله وقبض منه ولا سلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه وان سلمنا فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً ومشترياً وموجباً قابلاً وقاضياً من نفسه لنفسه بخلاف مسئلتنا

(فصل) واذا رهنه أمة فشرطاً كونها عند امرأة أو ذي محرم لها أو كونها في يد المرتهن أو اجنبي على وجه لا يفضي الى الخلوة بها مثل أن يكون لها زوجات أو سراري أو نساء من محارمها معها في دارها جاز لانه لا يفضي الى محرم وان لم يكن كذلك فسد الشرط لانه يفضي الى الخلوة المحرمة ولا يؤمن عليها ولا يفسد الرهن لانه لا يعود الى نقص ولا ضرر في حق المتعاقدين ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط يصح الرهن ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده وان كان الرهن عبداً فشرط موضعه جاز وان لم يشترط موضعه صح ايضاً كالامة، ويحتمل ان لا يصح لان للامة عرفاً بخلاف العبد والاول أصح فان الامة اذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد واذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها فشرطت كونه عندها على وجه يفضي الى خلوته بها لم يجز ايضاً فاستويا.

(فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة مثل ان يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو ان يشترط ان لا يبيع الرهن عند حلول الحق أولاً يستوفي الدين من ثمنه أولاً يباع ما خيف تلفه أو يبيع الرهن بأي ممن كان أو ان لا يبيعه الا بما يرضيه فهذه شروط فاسدة لمنافاتها مقتضى العقد فان المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك ان شرطاً الخيار للراهن أو ان لا يكون العقد لازماً في حقه أو توقيت الرهن أو أن يكون رهنها يوماً ويوماً لا أو كون الرهن في يد الراهن أو أن ينفع به أو ينفع به المرتهن أو كونه مضموناً على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسدة لان منها ما ينافي مقتضى العقد ومنها ما لا يقتضيه العقد ولا هو من مصلحته، وان شرطاً شيئاً منها في عقد الرهن فقال القاضي يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال لان العاقد انما بذل ملكه بهذا الشرط فاذا لم يسلم له لم يصح العقد لعدم الرضى به بدون وقيل ان شرط الرهن مؤقناً أو رهنه يوماً ويوماً لا فسد الرهن وهل يفسد بشارها؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة في البيع، ونصر ابو الخطاب في ردوس المسائل صحته وبه قال أبو حنيفة لان النبي ﷺ قال «لا يعلق الرهن» وهو مشروط فيه بشرط فاسد ولم يحكم بفساده، وقيل ما ينقص حق المرتهن يبطله وجهاً واحداً ومالا فعلى وجهين وهذا مذهب الشافعي لان المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له فاذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن

تسلم المبيع قبل تسليم الثمن ممنوع وان سلم فلا يمنع أن يثبت بالشرط خلافه كما أن مقتضى البيع حلول الثمن ووجوب تسليمه في الحال ولو شرط التأجيل جاز، وكذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع والتمكين من التصرف فيه وينبغي بشرط الخيار وهذا الجواب عن باقي الوجوه، فأما ان لم يشترط ذلك في البيع لم يكن رهنه عنده بعد البيع، فان كان بعد لزوم البيع فالأولى صحته لانه يصح رهنه عند غيره فصح عنده كغيره ولا يصح رهنه على غير ثمنه فيصح رهنه على ثمنه، وان كان قبل لزوم البيع انبني على جواز التصرف في المبيع ففي كل موضع جاز التصرف فيه جاز رهنه ولا فلا لانه نوع تصرف أشبه البيع

(فصل) وان شرط انه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو فهو مبيع لي بالدين الذي عليك فهو شرط فاسد روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم أحداً خالفهم . والاصل في ذلك ما روى معاوية بن عبدالله بن جعفر قال . قال رسول الله ﷺ « لا يفتق الرهن » رواه الاثرم . قال الاثرم قلت لأحمد ما معنى قوله « لا يفتق الرهن » ؟ قال لا يدفع رهنا الى رجل ويقول ان جئتك بالدراهم الى كذا وكذا وإلا فالرهن لك قال ابن المنذر هذا معنى قوله « لا يفتق الرهن » عند مالك والثوري وأحمد ، وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر ان رجلا رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى فضى الاجل فقال الذي ارتهن منزلي فقال النبي ﷺ « لا يفتق الرهن » ولانه علق البيع على شرط فانه جملة مبيعاً بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . ويخرج أن لا يفسد ما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في ردوس المسائل واحتج بقوله النبي ﷺ « لا يفتق الرهن » فتنى غلقه دون أصله فيدل على صحته ولان الراهن قدرضي برهنه مع هذا الشرط فبحطلانه أولى أن يرضى به . ولنا أنه رهن بشرط فاسد فكان فاسداً كما لو شرط توفيته وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد فلا يكون فيه حجة

(فصل) ولو قال المرم رهنتك عبدي هذا على أن تزيدني في الاجل كان باطلا لان الاجل لا يثبت في الدين الا أن يكون مشروطاً في عقد وجب به فاذا لم يثبت الاجل لم يصح الرهن لانه جملة في مقابلته ولان ذلك يضاهي ربا الجاهلية كانوا يزيدون في الدين ليزدادوا في الاجل

(فصل) اذا كان له على رجل اثم فقال أقرضني الفاً بشرط أن أرهنتك عبدي هذا بالالفين فنقل حنبل عن أحمد ان القرض باطل وهو مذهب الشافعي لانه قرض يجز منفعة وهو الاستيناق بالالف الاول واذا بطل القرض بطل الرهن . فاذا قيل أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز ؟ قلنا ليس هذا قرضاً جاز منفعة لان غاية ما حصل له تأكيد الاستيفاء لبدل ما أقرضه وهو مثله والقرض يقتضي وجوب الوفاء وفي مسئلتنا شرط في هذا القرض الاستيناق لدينه الاول فقد شرط استيناقاً لغير موجب القرض . ونقل معنا ان القرض صحيح ، ولعل أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط كيلا يفضي إلى جر المنفعة بالقرض أو حكم بفساد الرهن في الالف الاول وحده وصحته فيما عداه ولو كان مكان القرض بيع فقال بعني عبدك هذا بألف على أن أرهنتك عبدي به وبالف الآخر الذي علي قاليم باطل رواية واحدة لان الثمن مجهول فانه جعل الثمن الفاً ومنفعة هي وثيقة بالالف

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان اختلفا في قدر الدين أو رده أو قال أقبضتك عسيراً قال بل خيراً فالقول قول الراهن)

اذا اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن وبه قال النخعي والثوري والشافعي والبيهقي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو

الاول وتلك المنفعة مجهولة ، ولانه شرط عقد الرهن بالالف الاول فلم يصح كما لو أفردته أو كماله باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره

(فصل) وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه لانه قبضه بحكم انه رهن وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك فان كان مؤقتاً أو شرطاً أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته صار بعد ذلك مضموناً لانه مقبوض بحكم بيع فاسد وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان. فان كان أرضاً فغرسها قبل انقضاء الاجل فهو كغرس الناصب لانه غرس بغير اذن، وإن غرس بعد الاجل وكان قد شرط ان الرهن يصير له فقد غرس باذن لان البيع وان كان فاسداً فقد تضمن الاذن في التصرف فيكون الراهن خيراً بين ثلاثة أشياء بين أن يقر غرسه له وبين أخذه بقيمته وبين أن يجبره على قلعه ويضمن له ما نقص

(مسئلة) قال (ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء الا ما كان مركوباً أو محلوباً فيركب ويحلب بقدر العلف)

الكلام في هذه المسئلة في حالين (أحدهما) مالا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع به بغير اذن الراهن بحال. لا نعلم في هذا خلافاً لان الرهن ملك الراهن فكذلك ثماؤه ومنافعه فليس لغيره أخذها بغير إذنه ، فان أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الرهن من قرض لم يجوز لانه يحصل قرضاً يجز منفعة وذلك حرام. قال أحمد أكره قرض الدور وهو الربا المحض يعني إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن وان كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك روي ذلك عن الحسن وابن سيرين وبه قال اسحاق. فاما إن كان الانتفاع بموضع مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن باجرة مثلاً من غير محاباة جاز في القرض وغيره لسكونه ما انتفع بالقرض بل بالاجارة وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض لا يجوز في القرض ويجوز في غيره. ومتى استأجرها المرتهن أو استأجرها فظاهر كلام أحمد انها تخرج عن كونها رهناً فتنتقض الاجارة أو العارية ماد الرهن بحاله. قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن داراً فقال المرتهن اسكنها بكراتها وهي وثيقة بحيث ينتقل فيصير ديناً ويتحول عن الرهن وكذلك إن أكرها للراهن قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتهن داراً ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن فإذا رجعت

يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فكان القول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر ما رهنه سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان وقال الراهن انما رهنتك بأحد الالفين وقال المرتهن انما رهنتي بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين ببده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الالفين ، وقال الراهن رهنته بالمؤجل ، وقال المرتهن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ،

إليه صارت رهناً ، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لان القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة

(فصل) فان شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد لانه ينافي بمقتضى الرهن . وعن أحمد أنه يجوز في المبيع قال القاضي معناه أن يقول بملك هذا الثوب بدينار بشرط أن أهرئني عبدك بخدمة شهر أو يكون يعباً وإجارة فهو صحيح ، وإن أطلق فالشرط باطل لجهالة ثمنه ، وقال مالك لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين وكرهه في الحيوان والنبات وكرهه في القرض . ولنا أنه شرط في الرهن ما ينافيه فلم يصح كما لو شرطه في القرض

(فصل) الحال الثاني ما يحتاج فيه إلى مؤنة فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض أو بغير عوض باذن الراهن كالقسم الذي قبله ، وإن أذن له في الاتفاق والانتفاع بقدره جاز لانه نوع معاوضة . وإمامع عدم الاذن فإن الرهن ينقسم قسمين محلوباً ومركوباً وغيرهما . فاما المحلوب والمركوب فالمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحلب بقدر نفقته متحرراً للعدل في ذلك نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد ابن القاسم واختاره الحارثي وهو قول إسحاق ، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لنيته أو امتناعه من الاتفاق أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه ، وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما أنفق وهو متطوع بها ولا ينتفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « الرهن من راحته له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الاتفاق عليه فلم يكن له ذلك . كغير الرهن

ولنا ما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله

ﷺ ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته هذا إن لم تكن بينة . فان كان لاحدهما بينة حكم له بهما وجهاً واحداً وإن اختلفا في قدر الرهن فقال رهنتك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن قال رهنتك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتهن بانه لم يرهنه وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً .

(فصل) وإن اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله لانه منكر والأصل معه ، وكذلك الحكم في المستأجر إذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيها وجه آخر أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بجعل فإن فيها وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ، وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجمل لا بالعين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لا بها ، وإن اختلفا في تلف العين فالقول قول المرتهن مع يمينه لان يده يد أمانة ويتمذر عليه إقامة البينة على التلف فقبل قوله فيه كالدودع ، فإن اتلفها المرتهن أو تلفت بتفريطه واختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم لا لعل في ذلك خلافاً

« الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا » وعلى الذي يركب ويشرب النفقة فجعل منفقته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به أن الراهن ينفق وينفق قننا لا يصح لوجهين (أحدهما) أنه قد روي في بعض الالفاظ اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته فجعل المنفق المرتن فيكون هو المنتفع (والثاني) أن قوله بنفقته يشير الى أن الاتفاع عوض النفقة وانما ذلك حق المرتن أما الراهن فاتفقه واتفاعة لا بطريق المعاوضة لاحدهما بالآخر ولان نفقة الحيوان واجبة وللمرتن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من ثماء الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الاتفاق عليها والحديث نقول به والنماء للراهن ولكن للمرتن ولاية صرفها الى نفقته لثبوت يده عليه وولايته وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع فاما ان أنفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) وأما غير المحلوب والمركوب فيتنوع نوعين حيوان وغيره ، فاما الحيوان كالعبد والامة ونحوهما فهل للمرتن أن ينفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته ؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز ذكره الحرفي ونص عليه أحمد في رواية الاثرم قال : سمعت ابا عبدالله يسئل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الرهن لا ينتفع منه بشيء الا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف . قلت له فان كان اللبن والمركوب أكثر قال لا إلا بقدر . ونقل حنبلي عن احمد ان له استخدام العبد ايضا وبه قال ابو ثور إذا امتنع المالك من الاتفاق عليه . قال ابو بكر خالف حنبلي الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به فان النياس يقتضي ان لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب الاثر ففيها عداه يبقى على مقتضى النياس

(فصل) وإن قال الراهن رهنتك عصيراً قال بل خيراً فالقول قول الراهن يريد إذا كان الرهن شرط في البيع فقال الراهن رهنتك عصيراً فليس لك فسخ البيع ، وقال المرتن بل رهنتي خيراً فلي فسخ البيع فالقول قول الراهن نص عليه أحمد لانهما اختلفا فيما يفسد العقد فكان القول قول من ينفيه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) واذا قال بعثك هذا الثوب على أن ترهنني بثمنه عبدك هذين ، قال بل على رهن هذا وحده فحكى القاضي فيها روايتين (إحداهما) يتحالفان لانهما اختلفا في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لانه منكر لشرط رهن العبد المختلف فيه والقول قول المنكر وهذا أصح (فصل) وإن قال أرسلت وكيكك فرهنني عبدك هذا على عشرين وقبضها قال ما أمرته إلا بعشرة ولا قبضت إلا عشرة سئل الرسول ، فان صدق الراهن فعليه العيمين أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا قبض إلا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برثا جميعاً ، وإن نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في انه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتن ظلمه ، وإن صدق المرتن وادعى أنه سلم العشرين الى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فان نكل قضى عليه بالعشرة وتدفع إلى المرتن ، وإن حلف برىء وعلى الوكيل غرامة العشرة

(التوع الثاني) غير الحيوان كدار استهدمت فعمرها المرتن لم يرجع بشيء رواية واحدة. وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته فان عمارها غير واجبة على الراهن فليس لغيره ان ينوب عنه فيما لا يلزمه فان فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان فانه يجب على مالكة الاتفاق عليه لحرمته في نفسه

(فصل) فأما الحيوان إذا اتفق عليه متبرعا لم يرجع بشيء لانه تصدق به فلم يرجع بموضه كالمصدق على مسكين. وان نوى الرجوع على مالكة وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لانه نائب عنه في الاتفاق باذنه فكانت الثقة على المالك كما لو وكله في ذلك. وان كان بغير اذنه فهل يرجع عليه؟ يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه لانه نائب عنه فيما يلزمه، وقال ابو الخطاب ان قدر على استئذانه فلم يستأذنه فهو متبرع لا يرجع بشيء، وان عجز عن استئذانه فعلى روايتين وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه. والاول أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم

(فصل) وإذا انتفع المرتن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك. قال أحمد: يوضع عن الراهن بقدر ذلك لأن المنافع ملك الراهن فإذا استوفاه فميله قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان **(مسئلة)** قال (وغلة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وغيرها وثمره الشجرة

المرهونة من الرهن

أراد بغلة الدار أجرها وكذلك خدمة العبد. وجملة ذلك أن تمام الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده كالأصل وإذا احتيج الى يمينه في وفاة الدين بيع مع الأصل سواء في ذلك للمرتن لأنه يزعم أنها حق له وإنما الراهن ظنمه، فان عدم الوكيل وتعذر احلافه فعلى الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه الا بشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بعشرة

(فصل) إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن أو في لفظه لأنه أعلم بنية وصفة دفعه، ولأنه يقول الدين الباقي بالرهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته، وان أطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال أبو بكر له صرفها الى أيهما شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما فان له أن يعين عن أي المالين شاء وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد نصفه لأنهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنهما، فأما إن أبرأ المرتن من أحد الدينين واختلفا فالقول قول المرتن على التفصيل الذي ذكرناه في الرهن. ذكره أبو بكر

(فصل) إذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقهما ولم يضر انكاره لأن الحق لهما وان قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتن فان أشهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله فيها هو وكيل فيه

(فصل) إذا كان في يد رجل عبد فقال رهنني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعمرته

المتصل كالسمن والتعلم والمنفصل كالسب والاجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر وبذحو هذا قال التخمي والشعبي . وقال الثوري وأصحاب الرأي في النماء يتبع . وفي السب لا يتبع لان السب في حكم الكتابة والاستيلاء والتدبير فلا يتبع في الرهن كاعيان مال الراهن ، وقال مالك يتبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء لان الولد يتبع الاصل في الحقوق الثابتة كولد أم الولد ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل ولا من السب لانه حق تعلق بالاصل يستوفي من ثمنه فلا يسري الى غيره كحق الجناية ، قال الشافعي ولو رهنه ماشية مخاضاً فقتلت فالنتاج خارج من الرهن وخالفه أبو ثور وابن المنذر ومن حججهم أيضاً قول النبي ﷺ « الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه » والنماء غنم فيكون للراهن ولانها عين من أعيان ملك الراهن لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنأ كسائر ماله ، ولنا أنه حكم يثبت في العين بمقدار المال الذي يدخل فيه النماء والمنافع كالملك بالبيع وغيره ولان النماء نماء حادث من عين الرهن فيدخل فيه كالتصل ولانه حق مستقر في الام ثبت برضى المالك فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاء .

ولنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن فمضى اليه حكم الرهن كالولد وعلى أبي حنيفة أنه عقد يستتبع النماء فاستتبع السب كالشراء . فأما الحديث فنقول به وان غنمه ونماءه وكسبه للراهن لكن يتعلق به حق الرهن كالاصل فانه للراهن والحق متعلق به . والفرق بينهما وبين سائر مال الراهن أنه تبع ثبت له حكم أصله . وأما حق الجناية فانه ثبت بغير رضى المالك فلم يتعد ما ثبت فيه ولا نه جزاء عدوان فاختص الجاني كالفقاص ولان السراية في الرهن لا تقضي الى استيفاء أكثر من دينه فلا يكثر الضرر فيه .

(فصل) واذا ارهن أرضاً أو داراً أو غيرهما تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فان كان في الارض

فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحده لان الاصل عدم الرهن . وان قال السيد بعتك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي ينكره ويأخذ السيد عبده . وان قال رهنتكه بألف أقرضتني قال بل بعثني بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب المبد الالف ويأخذ عبده .

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهنتاني عبدك بدينني عليكما فأنكرا فالحق قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته وللمرتهن أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهنأ أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهنأ وان أقر أحدهما ثبت في حقه وحده . وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته لأنه لا يجب لنفسه قعماً ولا يدفع عنها ، وهذا قال أصحاب الشافعي . وقال بعضهم اذا أنكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لأن المشهود له يدعي أن كل واحد منهما ظالم له بمجوده حقه من الرهن ومتى طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم له . قلنا هذا لا يصح فان إنكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز أن ينسى أو يلحقه شبهة فيما يدعيه أو ينكره ولذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عندالحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان أحدهما كاذباً ولو ثبت الفسق بذلك لم يحز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في أحدهما (فصل) واذا ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون

شجر فقال رهنك هذه الارض بحقوقها أو ذكر مايدل على أن الشجر في الرهن دخل فيه . وإن لم يذكر ذلك فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين بناء على دخوله في البيع . وإن رهنه شجر آمنراً وفيه ثمرة ظاهرة لم تدخل في الرهن كما لا تدخل في البيع وإن لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي لا تدخل الثمرة في الرهن بحال ، وقال أبو حنيفة تدخل بكل حال لأن الرهن عنده لا يصح على الاصول دون الثمرة وقد قصد الى عقد صحيح فتدخل الثمرة ضرورة الصحة

ولنا أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته وإزالته لملك البائع فالرهن مع ضعفه أولى . وعلى الشافعي أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة كالبيع . ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان كما يدخل في البيع وكذلك الحمل وسائر ما يبيع في البيع لأنه عقد وارد على العين فدخلت فيه هذه التوابيع كالبيع . ولو كان الرهن داراً فخربت كانت انقاضها رهناً لأنها من أجزائها وقد كانت مرهونة قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً فبنت فيها شجر فهو من الرهن سواء بنت بفعل الراهن أو بفعل غيره لانه من ثمارها

(فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن باستخدام ولا وطء ولا سكنى ولا غير ذلك ولا يملك التصرف فيه باجارة ولا إعارة ولا غيرها بغير رضى المرتهن وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي ، وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وإن كان الرهن عبداً فله استيفاء منافعه بغيره وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع وبنوه على أن المتأتم للراهن لا تدخل في الرهن ولا يتعلق بها حقه وقد سبق الكلام في هذا . ولأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول نوع انتفع

صاحبه فأنكرها فالقول قوله وإن أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم الى من صدقه وحلف للآخر . وإن قال لأعلم المرتهن منهما حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه وإن كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده . وإن كان في يديهما أقرع بينهما فن قرع صاحبه حلف وأخذ كما لو ادعى ملكه وإن قال رهته عند أحدهما ثم رهته عند الآخر ولا أعلم السابق منهما فكذلك . وإن قال هذا هو السابق بالعقد والقبض سلم اليه وحلف الآخر وإن نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم الى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول لانه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له به فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له في النصف وفي النصف الآخر وجهان

﴿ مسألة ﴾ (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه فالحكم في ذلك كما لو أعتقه بعد رهنه) على ما ذكرنا من الخلاف لأن كل من صح منه انشاء عقد صح منه الاقرار به ولا يقبل قوله في تقدم عتقه لانه يسقط حق المرتهن من عوضه فعلى هذا تؤخذ منه قيمته فتجعل رهناً مكانه إن كان موسراً لانه فوتته على الراهن باقراره فهو كما لو أعتقه ، وإن كان معسراً فالحكم فيه كما ذكرنا

فلا يملكه الراهن كالذي ينقص قيمة الرهن اذا ثبت هذا فان المترهين اذا لم يتفقا على الاتفاع بها لم يجز الاتفاع بها وكانت منافها معطلة . فان كانت داراً أغلقت وان كان عبداً أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن ، وان اتفقا على اجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك هذا ظاهر كلام الحرفي لانه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهناً ، ولو عطلت منافعهما لم يكن لها غلة ، وقال ابن أبي موسى إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته أو إجارته جاز والاجرة رهن ، وإن أجره الراهن باذن المرتهن خرج من الرهن في أحد الوجهين والآخر لا يخرج كما لو أجره المرتهن ، وقال أبو الخطاب في المشاع يؤجره الحاكم لها ، وذكر أبو بكر في الخلاف أن منافع الرهن تعطل مطلقاً ولا يؤجره وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي . وقالوا اذا أجر الراهن الرهن باذن المرتهن كان إخراجاً من الرهن لان الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن او نائبه على الدوام فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن ولنا ان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن وهذا لا ينافي الاتفاع به ولا إجارته ولا إعارته فجاز اجتماعهما كاتفاع المرتهن به ولان تعطيل منفعة تضيق للمال وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال ولانه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارها كالعبد اذا ضمن باذن سيده ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس وانما مقتضاه تعلق الحق به على وجه يحصل به الوثيقة وذلك غير مناف للاتفاع به . ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه

(فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته ان احتاج اليها فاذا كان الرهن ماشية فاحتاجت الى إطراق الفحل فللراهن ذلك لأن فيه مصلحة للرهن وزباده وذلك زيادة في حق المرتهن من غير ضرر ، وان كانت خولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضى

﴿مسئلة﴾ (وإن أقر أنه كان جنى أو انه باعه أو غصبه قبل على نفسه ولم يقبل على المرتهن إلا أن يصدقه)

وجملته أنه اذا أقر الراهن أن العبد كان جنى قبل رهنه فكذبه المرتهن وولي الجناية لم يسمع قوله ، وإن صدقه وولي الجناية وحده قبل إقراره على نفسه دون المرتهن ويلزمه أرش الجناية لانه حال بين المجني عليه وبين رقة الجنائي بفعله فأشبهه مالو جنى عليه ، وإن كان معسراً فمتى انفك الرهن كان المجني عليه أحق برقبته وعلى المرتهن البين أنه لا يعلم ذلك فان نكل قضي عليه . وفيه وجه آخر انه يقبل اقرار الراهن لانه غير متمم لكونه تفرعاً يخرج الرهن من ملكه وعليه البين أنه يبطل باقراره حق المرتهن فيه ، فان أقر أنه غصبه لم يقبل على المرتهن لان اقراره غيره لا يقبل في حقه فعلى هذا لا يخرج من الرهن ولا يزول شيء من أحكام الرهن ويلزمه قيمته للمقصوب منه لانه حال بينه وبينه برهنه ، وكذلك لا يقبل إقراره على المرتهن ببيع ولا هبة لما ذكرنا ، فان صدقه المرتهن في ذلك بطل الرهن لاعتدافه بما يبطله فاذا انفك أخذ الراهن باقراره

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإذا كان الرهن مراكوباً أو محلوباً فللمرتهن أن يركب ويحلب

بقدر نفقته متحرراً للعدل في ذلك)

وجملة ذلك أن الرهن ينقسم إلى قسمين : حيوان وغيره ، والحيوان نوعان (أحدهما) أن يكون

المرتهن لأنه انتفاع لامصلحة للرهن فيه فهو كالاستخدام إلا أن يصير إلى حال يتضرر بتركه الاطراق فيجوز لانه كالدأوة له

﴿مسئلة﴾ قال (ومؤنة الرهن على الراهن فان كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وان كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه)

وجملته أن مؤنة الرهن من طعامه وكسوته ومسكنه وحافظه وحرزه ومخزنه وغير ذلك على الراهن وبهذا قال مالك والشافعي والحنفي وإسحاق ، وقال أبو حنيفة أجرة المسكن والحافظ على المرتهن لانه من مؤنة إمساكه وإرتئانه

ولنا قول النبي ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه نوع إنفاق فكان على الراهن كالطعام ولان الرهن ملك للراهن فكان عليه مسكنه وحافظه كغير الرهن ، وان أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة يكون بقدر الأمانة على الراهن وبقدر الضمان على المرتهن وان احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن . وعند أبي حنيفة هو كأجر من يرده من إبقائه وبني ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه وما زاد فهو أمانة عنده والكلام على ذلك في غير هذا الموضع ، وان مات العبد كانت مؤنته كتجهيزه وتكفينه ودقنه عليه كسائر العبيد والاماء والاقارب من الاحرار

(فصل) وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تحفيف والحق مؤجل فعليه التحفيف لانه يحتاج إلى أن يستبقها رهناً حتى يحل الحق وإن كان حالاً بيعت ولم يحتج إلى تحفيفها ، وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل جاز وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقها بعينها لان العقد يقتضي ذلك . إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتحفيف وقد جرت العادة ببيعه رطباً فإنه يباع ويجعل ثمنه مكانه . وان اتفقا على قطع الثمرة في وقت

مركوباً أو محلولاً فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويحطب بقدر نفقته متحرياً للعدل في ذلك نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم ، واختاره الحنفي وهو قول إسحاق ، وسواء اتفق مع تعذر النفقة من الراهن لفية أو امتناع أو مع القدرة على اخذ النفقة منه واستئذانه . وعن أحمد رواية أخرى لا يحتسب له بما اتفق وهو متطوع بها ولا ينفع من الرهن بشيء وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول رسول الله ﷺ « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » ولانه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الاتفاق عليه فلم يكن له ذلك كغير الرهن

ولنا ما روى البخاري بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ، والدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » فجعل منفقته بنفقته وهذا محل النزاع ، فان قيل المراد به الرهن ينفق وينفق قلنا لا يصح لوجهين (أحدهما) انه قد روي في بعض الالفاظ إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولان الدر يشرب وعلى الذي يشرب نفقته فجعل المنفق المرتهن فيكون هو المستفيع (الثاني) ان قوله بنفقته يشير إلى ان الانتفاع عوض النفقة وإنما ذلك في حق المرتهن ، اما الراهن فاتفقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة

فلها ذلك سواء كان الحق حالاً أو مؤجلاً وسواء كان الأصلح القطع أو الترك لأن الحق لا يخرج عنها ، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الأصلح إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالاً قدم قول من طلب القطع لأنه إن كان المرتهن فهو طالب لاستيفاء حقه الحال فلزم إجابته ، وإن كان الراهن فهو يطلب تبرئة ذمته وتخليص عين ملكه من الرهن والقطع أحوط من جهة أن في توقيته غرراً ذكر القاضي هذا في المفلس وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وهذا في معناه ويحتمل أن ينظر في الثمرة فإن كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً لم يجز الممتنع من قطعها عليه لأن ذلك إنلاف فلا يجبر عليه كما لا يجبر على نقض داره ليبيع انقضاء ولا على ذبح فرسه ليبيع لحمها ، وإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها لم يجز قطعها قبله ولم يجبر عليه بحال

(فصل) وإن كان الرهن ماشية تحتاج إلى أطراق الفحل لم يجز الراهن عليه لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها ولا يمنع من ذلك لكونها زيادة لها لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت إلى رعي فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً لأن ذلك يجري مجرى علفها وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر وكان لها في مكانها مرعى تناسك به فللمرتهن منعه من ذلك لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ويده ، وإن أجذب مكانها فلم يجد ما تناسك به فللراهن السفر بها لأنه موضع ضرورة لأنها تهلك إذا لم يسافر بها إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به أو ينصبه الحاكم ولا يفرد الراهن بها فإن امتنع الراهن من السفر بها فللمرتهن نقلها لأن في بقائها هلاكها وضياع حقه من الرهن . فإن أراداً جميعاً السفر بها واختلفا في مكانها قدمنا قول من يعين الأصلح فإن استويا قدمنا قول المرتهن ، وقال الشافعي يقدم قول الراهن وإن كان الأصلح غيره لأنه أملك بها إلا أنه يكون مأواها إلى يد عدل

لا أحدهما بالآخر ولأن نفقة الحيوان واجبة والمرتهن فيه حق وقد أمكنه استيفاء حقه من ثمن الرهن والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه فجاز ذلك كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه والنيابة عنه في الاتفاق عليها . والحديث تقول به والنماء للراهن ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته لثبوت يده عابه وولايته وهذا يمين اتفاق محتسباً بالرجوع فإن اتفق متبرعا بغير نية الرجوع لم ينتفع به رواية واحدة

(فصل) النوع الثاني الحيوان غير المركوب والمحلوب كالعبد والامة فليس للمرتهن أن يتفق عليه ويستخدمه بقدر نفقته في ظاهر المذهب ذكره القاضي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد فيستخدمه فقال الراهن لا ينتفع منه بشيء إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلق . قلت له فإن كان الركوب واللبن أكثر؟ قال لا إلا بقدره ، ونقل حنبل عن أحمد أن له استخدام العبد أيضاً وبه قال أبو ثور إذا امتنع المالك من الاتفاق عليه وقال أبو بكر خالف حنبل الجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع فإن القياس أنه لا ينتفع بشيء منه تركناه في المركوب والمحلوب للأثر فقيماً عداه يبقى على مقتضى القياس

ا (القسم الثاني) ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار والمتاع ونحوه فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بغير إذن الراهن لا نعلم في ذلك خلافاً لأن الرهن ملك الراهن فكذلك ثمنه ، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض وكان دين الراهن من قرض لم يجز لأنه يصير قرضاً جراً منفعته وذلك حرام وقاله

ولما أن اليد للمرتهن فكان أولى كما لو كانا في بلد واحد وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له سواء أراد نقلها إلى مثله أو أخصب منه إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به وإن اتفقا على نقلها جاز أيضاً سواء كان أنفع لها أولاً لأن الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وإن كان عبداً يحتاج إلى ختان والدين حال أو أجله قبل برئه منع منه لأنه ينقص ثمنه وفيه ضرر، وإن كان يبرأ قبل محل الحق والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه فله ذلك لأنه من الواجبات ويزيد به الثمن ولا يضر المرتهن ومؤنته على الراهن. فإن مرض فاحتاج إلى دواء لم يجبر الراهن عليه لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه وقد يبرأ بغير علاج بخلاف النفقة، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يمنع منه لأنه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما. وإن كان الدواء مما يخاف غائلته كالسموم فللمرتهن منعه منه لأنه لا يأمّن تلفه. وإن احتاج إلى فصد أو احتاجت الدابة إلى توديع ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم وهما عرقان عريضان غليظان من جانبي ثغرة النحر أو تبريغ وهو فتح الزهفة فللراهن فعل ذلك ما لم يخف منه ضرراً، وإن احتيج إلى قطع شيء من بدنه بدواء لا يخاف منه جاز وإن خيف منه فأيهما امتنع منه لم يجبر. وإن كانت به آكلة كان له قطعها لأنه يخاف من تركها لأن قطعها لأنه لا يحس بلحم ميت، وإن كانت به خيثة فقال أهل الخبرة الأحوط قطعها وهو أنفع من بقائها فللراهن ذلك والا فليس له فعله، وإن تساوى الخوف عليه في الحالين لم يكن له قطعها لأنه يحدث جرحاً فيه لم يترجح احداثه، وإن كانت به سلعة أو أصبم زائدة لم يملك الراهن قطعها لأن قطعها يخاف منه وتركها لا يخاف منه، وإن كانت الماشية جربة فأراد الراهن دهنها بما يرجي

أحمد: أكره قرض الدور وهو الربا المحض. يعني إذا كانت رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن، وإن كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك، وقد روي عن الحسن وابن سيرين، وهو قول إسحاق، فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره. لكونه ما انتفع بالقرض إنما انتفع بالاجارة، وإن حاباه فهو كالانتفاع بغير عوض يجوز في غير القرض، ومتى استأجرها أو استعارها المرتهن فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهناً فتنقض الاجارة أو العارية عاد الرهن بحاله، قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب قال أحمد إذا كان الرهن داراً ففعل المرتهن سكنها بكرائها وهي وثيقة بحقي تنتقل فتصير ديناً وتتحول عن الرهن، وكذلك إن أكرها للرهن وقال أحمد في رواية ابن منصور: إذا ارتهن داراً ثم أكرها لصاحبها خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهناً. قال شيخنا: والاولى أنها لا تخرج من الرهن إذا استأجرها المرتهن أو استعارها لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين، وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكنها كما في رواية ابن منصور لأنها خرجت عن يد المرتهن فزال اللزوم لزوال اليد بخلاف ما إذا سكنها المرتهن، ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه ومبنى ذلك على العارية هل هي مضمونه أم لا؟ وسأني ذلك

(مسئلة) (وإن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن مع إمكانه فهو متبرع)

إذا أنفق على الحيوان متبرعاً لم يرجع بشيء لأنه تصدق به فلم يرجع بموضه كالصدقة على مسكين

نفعه ولا يخاف ضرره كالقطران والزيت اليسير لم يمنع وان خيف ضرره كالكثير فللمرتهن منعه، وقال القاضي له ذلك بغير اذن المرتهن لان له معالجة ماله وان امتنع من ذلك لم يجبر عليه، ولو أراد المرتهن مداوئها بما ينفعها ولا يخشى ضرره لم يمنع لان فيه اصلاح حقه بما لا يضر بغيره وان خيف منه الضرر لم يمكن منه لان فيه خطراً بحق غيره

(فصل) فان كان الرهن نخلاً فاحتاج الى تأييد فهو على الراهن وليس للمرتهن منعه منه لان فيه مصلحة بغير مضرة وما يسقط من ليف أو سعف أو عراجين فهو من الرهن لانه من أجزائه أو من ثمائه، وقال أصحاب الشافعي ليس من الرهن بناء منهم على أن الثناء ليس منه ولا يصح ذلك هنا لان السعف من جملة الاعيان التي ورد عليها عقد الرهن فكانت منه كالاصول وانقاض الدار، وان كان الرهن كرمًا فله زياره لانه لمصلحة ولا ضرر فيه والزرجون من الرهن، ولو كان الشجر مزدحمًا وفي قطع بعضه صلاح لما يبق فله ذلك. وإن أراد تحويله كله لم يملك ذلك وان قيل هو الاولى لانه قد لا يعلق فيفوت الرهن، وان امتنع الراهن من فعل هذا كله لم يجبر عليه لانه لا يلزمه فعل ما فيه زيادة الرهن

(فصل) وكل زيادة تلزم الراهن اذا امتنع أجبره الحاكم عليها وان لم يفعل اكترى له الحاكم من ماله فان لم يكن له مال اكترى من الرهن فان بذلها المرتهن متطوعاً لم يرجع بشيء وان انفق باذن الراهن أو اذن الحاكم عند تعذر اذن الراهن محتسباً رجع به وان تعذر اذنها أشهد على أنه أنفق ابرج بالنفقة وله الرجوع بها. وان انفق من غير استئذان الحاكم مع امكانه أو من غير ا شاهد بالرجوع وإن نوى الرجوع على المالك وكان ذلك باذن المالك رجع عليه لأنه ناب عنه في الاتفاق باذنه فكانت النفقة على المالك كما لو وكله في ذلك

(مسئلة) (وان عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين)

مفهوم كلامه هنا أنه متى قدر على استئذان المالك فلم يستأذنه أن يكون متبرعاً لا يرجع بشيء، وكذلك ذكره أبو الخطاب لانه مفرط في ترك استئذانه مع القدرة عليه فلم يرجع كما لو عمر داره بغير اذنه، وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم ففيه روايتان (أحدهما أنه متبرع لانه لم يستأذن ماله ولا من يقوم مقامه أشبه ماله كان المالك حاضراً فلم يستأذنه (والثانية) يرجع عليه لانه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه أشبه ماله عجز عن استئذان الحاكم، وكذلك الحكم فيما اذا مات العبد المرهون. وقال شيخنا فيمن أنفق بغير اذن الراهن بنية الرجوع مع امكانه أنه يخرج على روايتين بناء على ما اذا قضى دينه بغير اذنه وهذا أقيس في المذهب إذ لا يعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان المالك (مسئلة) (وكذلك الحكم في الوديعة وفي نفقة الجمل اذا هرب الجمل وتركها في يد المسكتر) لانها أمانة فأشبهت الرهن

(مسئلة) (وان تهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير اذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة) وليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها فان عمارتها غير واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فيها لا يلزمه، فان فعل كان متبرعاً كالأجنبي بخلاف نفقة الحيوان فانها تجب على مالكة لحرمته في نفسه، وكذلك كفن العبد اذا مات يجيب على سيده

عند تعذر استئذانه ليرجع به فهل يرجع ؟ على روايتين . وان اتفق باذن الراهن ليكون الرهن رهناً بالنفقة والدين الاول لم يصح ولم يصبر رهناً بالنفقة لما ذكرنا ، وان قال الراهن اتفقت متبراً وقال المرتن بل اتفقت محتسباً بالرجوع فالقول قول المرتن لان الخلاف في نيته وهو أعلم بها ولا اطلاع لغيره من الناس عليها وعليه اليمين لان ما قاله الراهن محتمل . وكل مؤنة لا تلزم الراهن كنفقة المداواة والتأثير وأشباهها لا يرجع بها المرتن اذا اتفقت سواء اتفقت محتسباً أو متبراً

(مسئلة) قال (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتن رجع المرتن بحقه عند محله وكانت المصيبة فيه من راهنه وإن كان بتعدي المرتن أو لم يحرزه ضمن)

أما اذا تعدي المرتن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف فانه يضمن لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً ولانه أمانة في يده فلزمه ضمانه اذا تلف بتعديه أو تفریطه كالوديعة ، وأما ان تلف من غير تعدد منه ولا تفریط فلا ضمان عليه وهو من مال الراهن يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ، وبه قال عطاء والزهرى والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر . ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين وان كان أكثر من قيمته لانه روي عن النبي ﷺ أنه قال « الرهن بما فيه » وقال مالك ان كان تلفه بأمر ظاهر كالملوث والحريق فن ضمان الراهن وان ادعي تلفه بأمر خفي لم يقبل قبله وضمن ، وقال الثوري وأصحاب الرأي يضمنه المرتن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ، ويروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا

(فصل) قال الشيخ (اذا جنى الرهن جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته وللسيد فداؤه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو يمه في الجناية أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه ، وعنه ان احتار فداؤه لزمه جميع الارش) وجملة ذلك أن العبد المرهون اذا جنى على انسان أو على ماله تعلقت الجناية برقبته وقدمت على حق المرتن بغير خلاف علمناه لانها مقدمة على حق المالك والمالك أقوى من الرهن فأولى أن يقدم على الرهن ، فان قيل فحق المرتن أيضاً يقدم على حق المالك . قلنا حق المرتن ثبت من جهة المالك بعقده وحق الجناية ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه فيقدم على مائت بعقده ، ولان حق الجناية مختص بالعين يسقط بفواتها وحق المرتن لا يسقط بفوات العين ولا يختص بها فكان تعلقه بها أحق وأولى ، فان كانت جنايته موجبة للقصاص في النفس فلولي الجناية استيفاؤه ، فان اقتصر سقط الرهن كما لو تلف ، وإن كانت في طرف اقتصر منه وبقي الرهن في باقيه ، وإن عفى على مال تعلق برقبته ابد وصار كالجناية الموجبة للمال فيقال للسيد انت مخير بين فداائه وبين تسليمه للبيع ، فان احتار فداؤه فداء بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية في أصح الروايتين لانه ان كان الارش أقل فالجني عليه لا يستحق أكثر من أرش جنايته ، وان كانت القيمة أقل فلا يلزمه أكثر منها لان ما يدفعه عوض عن العبد فلا يلزم أكثر من قيمته كما لو اتلفه (والثانية) يفديه بأرش الجناية بالغاً ما بلغ لانه ربما يرغب فيه راغب فيشتره بأكثر من قيمته

(مسئلة) (فان فداه فهو رهن بحاله ، وان سلمه بطل الرهن)

اذا فداه الراهن فهو رهن بحاله لان حق المرتن قائم لوجود سببه ، وأما قدم حق الجني عليه

بما روى عطاء أن رجلاً رهن فرساً فتفق عند المرتهن فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك فقال « ذهب حقتك » ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك أو من قبضها نائبه كحقيقة المستوفى ولأنه محبوس بدين فكان مضموناً كالبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه

ولنا ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « لا يفلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن بونس عن ابن أبي ذئب وزواه الشافعي عن ابن أبي ذئب عن ابن أبي ذئب ولفظه « الرهن من صاحبه الذي رهنه » وباقية سواء قال ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة ولأنه وثيقة بالدين فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل والشاهد ولأنه مقبوض بمقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة وعند مالك أن ما لا يضمن به العقار لا يضمن به الذهب كالوديعة . فاما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء بخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية وكان كذاباً وقيل يرويه مصعب ابن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقتك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس . وحديث أنس أن صح فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفى فانه صار ملكاً للمستوفى وله نماؤه وغنمه فكان عليه ضمانه وغرمه بخلاف الرهن واليستم قبل القبض ممنوع .

(فصل) واذا قضاؤه جميع الحق أو أبرأه من الدين بقي الرهن أمانة في يده ، وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قضاؤه كان مضموناً وإذا أبرأه أو وهبه لم يكن مضموناً استحساناً وهذا مناقضة لأن القبض المضمون منه لم يزل ولم يبرئه منه . وعندنا أنه كان أمانة وبقي على ما كان عليه وليس عليه

لقوته ، فإذا زال ظهر حكم الرهن كحق من لا رهن له مع حق المرتهن في تركه المفلس إذا أسقط المرتهن حقه ظهر حكم الآخر وهذا مذهب الشافعي ، وإن سلمه بطل الرهن لقوات محله فهو كالوالتف (مسألة) (فان لم يستغرق الارش قيمته بيع منه بقدره وباقية رهن ، وقيل يباع جميعه ويكون باقي ثمنه رهنًا)

إذا لم يستغرق أرض الجناية قيمة الرهن يبيع منه بقدر الارش وباقية رهن لان يبعه إنما جاز ضرورة إيفاء الحق ، فإذا اندفعت الضرورة ببيع البعض لم يحز يبع ما بقي لعدم الضرورة فيه ، فان تضرر يبع بعضه يبع كله للضرورة المقتضية لبيعه ويكون باقي ثمنه رهنًا لعدم تعلق الجناية به . وقال أبو الخطاب : هل يباع منه بقدر الجناية أو يباع جميعه ويكون الفاضل من ثمنه عن أرض جنايته رهنًا ؟ على وجهين (أحدهما) يباع بعضه خاصة لما ذكرنا (والثاني) يباع جميعه لان يبع البعض يستقبض له وهو عيب ينقص به الثمن وذلك يضر بالمالك والمرتهن ، وقد قال عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار »

(مسألة) (فان اختار المرتهن فداءه ففداء باذن الراهن رجع به ، وان فداءه بغير اذنه فهل

يرجع به ؟ على روايتين

إذا امتنع الراهن من فداء الجاني فالمرتهن بخيرين فداؤه وتسليمه ، فان اختار فداءه فبكم يفديه ؟ يخرج على روايتين فيما يفديه به الراهن ، فان فداءه باذن الراهن رجع به عليه كما لو قضى دينه باذنه ، وإن فداءه متبرعاً لم يرجع بشيء ، وإن نوى الرجوع فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما لو قضى دينه بغير اذنه . فان زاد على الفداء الواجب لم يرجع به وجهاً واحداً . ومذهب الشافعي كما ذكرنا إلا أنه

رده لانه أمسكه باذن مالكه ولا يختص بنفعه فهو كالوديعة بخلاف العارية فانه يختص بنفعها وبخلاف مالو أطارت الربح الى داره ثوباً لزمه رده الى مالكه لان مالكه لم يأذن في إمساكه ، فأما ان سأل مالكه في هذه الحال دفعه اليه لزم من هو في يده من المرتهن أو العدل دفعه اليه اذا أمكنه فان لم يفعل صار ضامناً كاللودع اذا امتنع من رد الوديعة عند طلبها . وان كان امتناعه لعذر مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف أو باب معلق لا يمكنه فتحه أو كان يخاف فوت جمعة أو جماعة أو فوت صلاة أو به مرض أو جوع شديد وما أشبهه فأخر التسليم لذلك قُلف فلا ضمان عليه لانه لا تقريظ منه فأشبه المودع (فصل) واذا قبض المرتهن الرهن فوجده مستحقاً لزمه رده على مالكه والرهن باطل من أصله فان أمسكه مع علمه بالغصب حتى تلف في يده استقر عليه الضمان وللمالك تضمين أيهما شاء فان ضمن المرتهن لم يرجع على أحد لذلك وان ضمن الراهن رجع عليه ، وان لم يعلم بالغصب حتى تلف بتقريظه فالحكم كذلك لان الضمان يستقر عليه وان تلف بغير تقريظه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يضمن ويستقر الضمان عليه لان مال غيره تلف تحت يده المادية فاستقر الضمان عليه كما لو علم (والثاني) لا ضمان عليه لانه قبضه على أنه أمانة من غير علم فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجع المالك على الغاصب لا غير (والوجه الثالث) أن للمالك تضمين أيهما شاء ويستقر الضمان على الغاصب فان ضمن الغاصب لم يرجع على أحد وان ضمن المرتهن رجع على الغاصب لانه غره فرجع عليه كالغرور بحرية أمة .

لا يرجع بما فداء بغير اذنه وجهاً واحداً ، وان شرط له الراهن الرجوع رجع قولاً واحداً ، وإن قضاهاذنه من غير شرط الرجوع ففيه وجهان وهذا أصل يذكر فيما بعد ، وان فداها وشرط ان يكون رهناً بالفداء مع الدين الاول فقال القاضي يجوز ذلك لان الحجي عليه يملك ييم العبد وابطال الرهن فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه والزيادة في دين الرهن قبل لزومه جائزة ، ولان أرض الجناية متعلق به وأما ينتقل من الجناية إلى الرهن . وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لان العبد رهن بدين فلم يجر رهنه بدين سواء كما لو رهنه بدين غير هذا ، وذهب أبو حنيفة إلى ان ضمان جناية الرهن على المرتهن فان فداها لم يرجع بالفداء ، وان فداها الراهن ويبيع في الجناية سقط دين الرهن إن كان بقدر الفداء وبناء على أصله في ان الرهن من ضمان المرتهن وقد ذكرنا ذلك

(فصل) فان كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو من حالين (أحدهما) أن تكون غير موجبة للقيود كجناية الخطأ والتلاف مال فيكون هدرأ لان السيد مال سيده فلا يثبت له مال في ماله (الثاني) ان تكون موجبة للقيود فلا يخلو ان تكون على النفس أو على ما دونها ، فان كانت على ما دون النفس فالحق للسيد ، فان خفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال لما ذكرنا ، وكذلك ان عفا على غير مال وان اراد ان يقتص فله ذلك لان السيد لا يملك الجناية على عبده فثبت له ذلك بجنایته عليه كالأجنبي ولان القصاص يجب للزجر والحاجة داعية الى زجره عن سيده ، فان اقتص فعليه قيمته تكون رهناً مكانه أو قضاء عن الدين لانه أخرجه عن الرهن باحتاره فكان عليه بدله كما لو أعتقه ، ويحتمل أن لا يجب عليه شيء لانه اقتص بأذنه فكانه اقتص بأذن الشارع فلم يلزمه شيء ، كالأجنبي ، وكذلك ان كانت الجناية على النفس فاقص الورثة فهل يجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ما ذكرنا ، وليس للورثة الفروع على مال لما ذكرنا في السيد لانهم يقومون مقام الموروث ، وذكر القاضي وجهاً آخر أن لهم ذلك لان الجناية في

(المنفي والشرح الكبير) عند الاختلاف في قيمة الرهن يكون القول قول المرتهن مع يمينه ٤٤٥

(مسئله) قال (وان اختلفا في القيمة فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وان اختلفا في قدر

الحق فالقول قول الراهن مع يمينه اذا لم يكن لواحد منهما بما قال يمينه)

يعنى إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه وهي إذا تعدى أو لم يحرز فالقول قول المرتهن مع يمينه لانه غارم ولانه منكر لوجوب الزيادة على ما أقربه والقول قول المنكر وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً ، وان اختلفا في قدر الحق نحو أن يقول الراهن رهنتك عبدي هذا بألف فقال المرتهن بل بألفين فالقول قول الراهن ، وبهذا قال التخي والتوري والشافعي والبي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وحكي عن الحسن وقتادة أن القول قول المرتهن ما لم يجاوز ثمن الرهن أو قيمته ونحوه قول مالك لان الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق

ولنا أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن والقول قول المنكر لقول رسول الله ﷺ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواء مسلم ولان الاصل براءة الذمة من هذه الالف فالقول قول من ينفيها كما لو اختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم فان العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، اذا ثبت هذا فان القول قول الراهن في قدر ما رهنه به سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين الفان وقال الراهن إنما رهنتك بأحد الالفين ، وقال المرتهن : بل رهنته بهما فالقول قول الراهن مع يمينه لانه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الالفين بعبده والقول قول المنكر ، وان اتفقا على أنه رهن بأحد الالفين

ملك غيرهم فكان لهم العفو على مال كما لو جنى على أجنبي وللشافعي قولان كالوجهين ، فان عفا بعض الورثة سقط القصاص وهل يثبت تغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرناه

(فصل) فان جنى المرهون على عبد سيده لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا يكون مرهوناً فخكه حكم الجناية على طرف سيده له القصاص ان كانت جنايته موجبة له فان عفا على مال أو غيره أو كانت الجناية لا توجب القصاص ذهبت هدرأ وسواء كان الجاني عليه قنا أو مديراً أو أم ولد

(الحال الثاني) أن يكون رهناً فلا يخلو إما أن يكون رهناً عند مرتهن القاتل أو غيره فان كان عند مرتهن القاتل والجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتص بطل الرهن في الجاني عليه وعليه قيمة المقتص منه ، ويحتمل أن لا يجب لانه اقتص باذن الشارع فان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال وكان رهناً بحق واحد فجنايته هدر لان الحق يتعلق بكل واحد منها فاذا قتل أحدها بقي الحق متعلقاً بالآخر ، وان كان كل واحد منهما رهناً بحق منفرد ففيه أربع مسائل :

(أحدها) أن يكون الحقان سواء وقيمتها سواء فتكون الجناية هدرأ سواء كان الحقان من جنسين مثل أن يكون أحدهما بمائة دينار والآخر بدراهم قيمتها مائة دينار أو من جنس واحد لانه لا فائدة في اعتبار الجناية

(المسئلة الثانية) ان يختلف الحقان وتنفق القيمتان مثل أن يكون دين أحدهما مائة ودين الآخر مائتين وقيمة كل واحد منهما مائة فان كان دين القاتل أكثر لم ينقل الى دين المقتول لعدم الغرض

وقال ان الراهن هو رهن بالمؤجل وقال المرتن بل بالحال فالقول قول الراهن مع يمينه لانه منكر ولان القول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته وهذا إذا لم يكن يمينه فان كان لاحدهما يمينه حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل

(فصل) وان اختلفا في قدر الرهن فقال رهنك هذا العبد فقال بل هو والعبد الآخر فالقول قول الراهن لانه منكر ولا نعلم في هذا خلافاً . وان قال رهنك هذا العبد قال بل هذه الجارية خرج العبد من الرهن لاعتراف المرتن بانه لم يرهنه وحاقف الراهن على انه مارهنه الجارية وخرجت من الرهن أيضاً . وإن اختلفا في رد الرهن الى الراهن فالقول قوله أيضاً لانه منكر والا صل معه . وكذلك الحكم في المستأجر اذا ادعى رد العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب يتخرج فيها وجه آخر أن القول قول المرتن والمستأجر في الرد بناء على المضارب والوكيل بمجمل اذا ادعى الرد فان فيها وجهين والفرق بينهما وبين المرتن ان المرتن قبض العين لينتفع بها وكذلك المستأجر والوكيل قبض العين لينتفع بالجعل لابلين والمضارب قبضها لينتفع بربحها لابلها ، وان اختلفا في تأم العين فالقول قول المرتن مع يمينه لانه لا بد له بدأمانة ويتعذر عليه إقامة البينة على التألف فقبل قوله فيه كالمودع

(فصل) فان قال بعتك هذا الثوب على أن ترهنني بئنه عبيدك هذين قال بل على أن أرهنك هذا وحده ففيها روايتان حكاهما القاضي (احدهما) يتحالفان لانه اختلاف في البيع فهو كالاختلاف في الثمن (والثانية) القول قول الراهن لأنه منكر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه والقول قول المنكر وهذا أصح .

فيه وان كان دين المقتول أكثر نقل الى القاتل لان للمرتن غرض في ذلك وهل يباع القاتل ويحمل قيمته رهناً مكان المقتول أو ينقل بحاله؟ على وجهين (أحدهما) لا يباع لانه لا فائدة فيه (والثاني) يباع لانه ربما زاد فيه من يبلغه أكثر من ثمنه فان غرض للبيع فلم يزد فيه لم يبع لعدم ذلك (المسئلة الثالثة) أن ينفق الدينان ويختلف القيمتان بان يكون دين كل واحد منهما مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كانت قيمة المقتول أكثر فلا غرض في النقل فيبقى بحاله وان كانت قيمة الجاني أكثر يبع منه بقدر جنايته تكون رهناً بدين المجني عليه والباقي رهن بدينه وإن اختلفا على بقيته ونقل الدين اليه صار رهناً بهما فان حل أحد الدينين ييم بكل حال لانه إن كان دينه المعجل يبع ليستوفي من ثمنه وما بقي منه رهن بالدين الآخر وأن كان المعجل الآخر يبع ليستوفي منه بقدره والباقي رهن بدينه

(المسئلة الرابعة) أن يختلف الدينان والقيمتان مثل ان يكون أحد الدينين خمسين والآخر مائتين وقيمة أحدهما مائة والآخر مائتين فان كان دين المقتول أكثر نقل اليه والا فلا

(فصل) فان كان المجني عليه رهناً عند غير مرتن القاتل فلا سيد القصاص لانه مقدم على حق المرتن بدليل أن الجناية الموجبة للمال مقدمة عليه فالقصاص أولى فان اقتصر بطل الرهن في المجني عليه لان الجناية عليه لم توجب مالا يحمل رهناً مكانه وعليه قيمة المقتص منه يكون رهناً لانه أبطال حق الوثيقة فيه باختياره . ويحتمل أن لا تجب لما ذكرنا والسيد الغفوي على مال فتصير كالجناية الموجبة

(فصل) وان قال أرسلت وكيك فرهنني عبدك على عشرين قبضها قال ما أمرته برهنه الا بعشرة ولا قبضت الا عشرة سئل الرسول فان صدق الراهن فعليه اليمين أنه ما رهنه الا بعشرة ولا قبض الا عشرة ولا يمين على الراهن لان الدعوى على غيره ، فاذا حلف الوكيل برئاً جميعاً وان نكل فعليه العشرة المختلف فيها ولا يرجع بها على أحد لانه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ولا أمره بأخذها وانما المرتن ظلمه ، وان صدق الوكيل المرتن وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن فالقول قول الراهن مع يمينه فان نكل قضي عليه بالعشرة ويدفع الى المرتن وان حلف بريء وعلى الرسول غرامة العشرة للمرتن لانه يزعم أنها حق له وانما الراهن ظلمه، وان عدم الرسول أو تمذرا حاله فلي الراهن اليمين أنه ما أذن في رهنه الا بعشرة ولا قبض أكثر منها ويبقى الرهن بالعشرة الاخرى

(فصل) اذا كان على رجل الفان أحدهما برهن والآخر بنير رهن فقضى ألفاً وقال قضيت دين الرهن وقال المرتن بل قضيت الدين الآخر فالقول قول الراهن مع يمينه سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في لفظه لانه أعلم بنيتة وصفة دفعه ولانه يقول ان الدين الباقي بلا رهن والقول قوله في أصل الرهن فكذلك في صفته . وان اطلق القضاء ولم ينو شيئاً فقال ابو بكر له صرفها الى ايها شاء كما لو كان له مال حاضر وغائب فأدى قدر زكاة أحدهما كان له ان يمين عن اى المالين شاء وهذا قول بعض اصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يقع الدفع عن الدينين معا عن كل واحد منهما نصفه

للمال فيثبت المال في رقة العبد لان السيد لو جنى على العبد لوجب أرش جنايته لحق المرتن فبان يثبت على عبده أولى . فان كان الارش لا يستغرق قيمته بمنه بقدر أرش الجناية يكون رهننا عند مرتن الجاني عليه وباقيه رهن عند مرتنه ، وان لم يمكن بيع بعضه بيع جميعه وقسمة منه بينهما على حسب ذلك يكون رهننا ، وان كانت الجناية تستغرق قيمته نقل الجاني فجعل رهننا عند الآخر، ويحتمل ان يباع لاحتمال ان يرغب في شرائه راغب بأكثر من قيمته فيفضل من قيمته شيء يكون رهننا عند مرتنه وهذا كله قول الشافعي

(فصل) فان كانت الجناية على موروث سيده فيما دون النفس كأطرافه أو ماله فهي كالجناية على أجنبي وله القصاص إن كانت موجبة له والعفو على مال وغيره ، وان كانت موجبة للمال ابتداء ثبت فان انتقل ذلك الى السيد بموت المستحق فله الموروثة من القصاص والعفو على مال لان الاستدامة أقوى من الابتداء فجاز أن يثبت بها مالا يثبت في الابتداء ، وان كانت الجناية على نفسه بالقتل ثبت الحكم لسيدته وله ان يقتص فيما يوجب القصاص . وان عفا على مال أو كانت الجناية موجبة للمال ابتداء فهل يثبت للسيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الجناية على غيره فأشبهت الجناية على مادون النفس (والثاني) لا يثبت له مال في عبده ولا له العفو عليه وهو قول أبي ثور لانه حق ثبت للسيد ابتداء فلم يكن له ذلك كما لو كانت الجناية عليه، وأصل الوجهين في وجوب الحق في ابتدائه هل يثبت للقتل ثم ينتقل الى وارثه أو يثبت للوارث ابتداء ؟ على وجهين وكل موضع ثبت له المال في رقة عبده فانه يقدم على الرهن لانه يثبت للموروث بهذه الصفة فينتقل إلى وارثه كذلك فان اقتصر في هذه الصورة لم يلزمه بدل الرهن لانه اذا قدم المال على حق المرتن

لأنهما تساويا في القضاء فتساويا في وقوعه عنهما ، فأما ان أبرأ المرتهن من احد الدينين واختلفا فالقول قول المرتهن على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ذكره ابو بكر

(فصل) واذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن لزم الرهن في حقها ولم يضر انكاره لان الحق لهما ، وإن قال أحدهما قبضه العدل فأنكر الآخر فالقول قول المنكر كما لو اختلفا في قبض المرتهن له ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله

(فصل) اذا كان في يد رجل عبد فقال رهنني عبدك هذا بألف فقال بل غصبته أو استعرتة فالقول قول السيد سواء اعترف بالدين أو جحدته لان الأصل عدم الرهن ، وان قال السيد بعثك عبدي هذا بألف قال بل رهنته عندي بها فالقول قول كل واحد منهما في العقد الذي يذكره وبأخذ السيد عبده وهكذا لو قال رهنتك بألف اقرضتني قال بل بعثته بألف قبضته مني ثمناً فكذلك ويرد صاحب العبد الا ان يأخذ عبده

(فصل) واذا ادعى على رجلين فقال رهناني عبد كما بديني عليكما فأنكراهما فالقول قولهما فان شهد كل واحد منهما على صاحبه قبلت شهادته اذا كان عدلا والمرتهن ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير جميعه رهناً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصيب الآخر رهناً وان اقر أحدهما ثبت في حقه وحده ، وان شهد المقر على المنكر قبلت شهادته ان كان عدلا لانه لا يجلب لنفسه نقماً ولا يدفع عنها ضرراً وبهذا قال اصحاب الشافعي وقال بعضهم اذا انكرا جميعاً ففي شهادتهما نظر لان المشهود له يدعي ان كل واحد منهما ظالم له ببحوده حقه من الرهن فاذا طعن المشهود له في شهوده لم تقبل شهادتهم

فالقصاص أولى ولان القصاص ثبت للموروث مقدماً على حق المرتهن فكذلك في حق وارثه فان كانت الجناية على مكاتب السيد فهي كالجناية على ولده وتمجزه كموت ولده فيها ذكرناه

(فصل) فان جنى العبد المرهون باذن سيده وكان ممن يعلم تحريم الجناية وانه لا يجب عليه قبول ذلك من سيده فهي كالجناية بغير اذنه ، وان كان صبياً أو أعرجياً لا يعلم ذلك فالجاني هو السيد. يتعلق به موجب الجناية ، ولا يباع العبد فيها موطراً كان او معسراً كما لو باشر السيد الجناية ، وقال للقاضي فيه وجه ان العبد يباع مع اعسار السيد لان العبد باشر الجناية ، والصحيح الاول لان العبد آلة فلو تعلقت الجناية به يبيع مع اليسار ، وحكم اقرار العبد بالجناية حكم لإقرار غير المرهون على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى

(مسألة) (وان جنى عليه جناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص فان اقتصر فضليه قيمة أقلها قيمة تجعل مكانه)

اذا جنى على الرهن فالخصم في ذلك السيد لانه المالك والارض الواجب بالجناية ملكه وانما المرتهن فيه حق الوثيقة فنصار كالعبد المستأجر والمودع وبهذا قال الشافعي وغيره ، فان ترك المطالبة أو أخرها أو كان غائباً أو له عذر يمنعه منها فالمرتهن المطالبة بها لان حقه متعلق بموجبا فكان له المطالبة به كما لو كان الجاني سيده ، ثم ان كانت الجناية موجبة للقصاص فللسيد القصاص لانه حق له وانما يثبت ليسوفى فان اقتصر أخذت منه قيمة أقلها قيمة جعلت مكانه رهناً نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول اسحاق ، ويخرج أن لا يجب عليه شيء وهو مذهب الشافعي لانه لم يجب بالجناية مال ولا استحق بحال وليس على الراهن

له . قلنا لا يصح هذا فان انكار الدعوى لا يثبت به فسق المدعى عليه وان كان الحق عليه لجواز ان ينسى او تلحقه شبهة فيما يدعيه او ينكره ، وكذلك لو تداعى رجلان شيئاً وتخاصما فيه ثم شهدا عند الحاكم بشيء لم ترد شهادتهما وان كان احدهما كاذباً في مخالفته لصاحبه ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً مع تحقق الجرح في احدهما .

(فصل) واذا رهن عينا عند رجلين فنصفها رهن عند كل واحد منها بدينه ومتى وفي احدهما خرجت حصته من الرهن لان عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف مفرداً ، فان اراد مقاسمة المرتهن واخذ نصيب من وفاء وكان الرهن مما لا تنقصه القسمة كالملك والموزون لزم ذلك وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته لان على المرتهن ضرراً في قسمته ويقر في يد المرتهن نصفه رهن ونصفه وديعة ، وان رهن اثنان عيدهما عند رجل فوفاه احدهما انفك الرهن في نصيبه . وقد قال احمد في رواية منها في رجلين رهنا داراً لهما عند رجل على الف ففضاء احدهما ولم يقض الاخر فالدار رهن على ما بقي ، وقال ابو الخطاب في رجل رهن عبده عند رجلين فوفي احدهما فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه وهذا من كلام احمد وابي الخطاب محمول على أنه ليس للراهن مقدسه المرتهن لما عليه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً اذ لا يجوز أن يقال إنه رهن نصف العبد عند رجل فصار جميعه رهناً ، ولو رهن اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف فهداه أربعة عقود وبصير كل ربع من العبد رهناً بمائتين وخمسين فتى قضاهما من هي عليه انفك من الرهن ذلك القدر قاله القاضي وهو الصحيح

ان يسعى للمرتهن في اكتساب مال ، ووجه الاول انه اتلف مالا استحق بسبب اتلاف الرهن فحرم قيمته كما لو كانت الجناية موجبة للمال ، وهكذا الحكم فيما اذا ثبت القصاص للسيد في عبده المهرن . وانما اوجبنا اقل القيمتين لان حق المرتهن انما يتعلق بالمالية والواجب من المال هو اقل القيمتين لان الرهن ان كان اقل لم يجب اكثر من قيمته ، وان كان الجاني اقل قيمة لم يجب اكثر من قيمته لانها التي اتلفها بالقصاص وان عفا على مال صح عفوه ووجب اقل القيمتين لما ذكرنا ، هذا اذا كان القصاص قتلاً ، وان كان جرحاً او قلع سن او نحوه فالواجب بالعفو اقل الامرين من ارش الجرح او قيمة الجاني لما ذكرنا وان عفا مطلقاً انبنى على موجب العمد ماهو ؟ فان قلنا موجبه احد شيئين ثبت المال وان قلنا موجبه القصاص عينا فحكمه كالمواقتص ، او قلنا ثم تجب القيمة على الراهن وجب هنا وهو اختيار ابي الخطاب لانه فوت بدل الرهن بعفوه اشبه ماله واقتص ، وان قلنا لا تجب على الراهن ثم لم تجب هنا وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه اكتساب مال فلا يجبر عليه وكذلك ان عفا على غير مال (مسألة) (وكذلك ان جنى على سيده فاقص منه هو او ورثته وقد ذكرنا ذلك)

(مسألة) (وان عفا السيد على مال او كانت موجبة للمال فاقص منه جيل مكانه)

اما اذا كانت الجناية موجبة للمال او ثبت المال بالعفو عن الجناية الموجبة للقصاص فانه يتعلق به حق الراهن والمرتهن ويجب من غالب نقد البلد كقيم المتلفات ، فلو اراد الراهن ان يصالح عنها ويأخذ عوضاً عنها لم يجز إلا باذن المرتهن ، فان اذن جاز لان الحق لهما وما قبض من شيء فهو رهن بدلاً عن الاول وقائماً مقامه

(فصل) ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنها عبده وقال كل واحد منهما رهنه عندي دون صاحبي فأنكرهما جميعاً فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر أحدهما وصدق الآخر سلم إلى من صدقه وحلف الآخر وإن قال لا أعلم عين المرتهن منها حلف على ذلك والقول قول من هو في يده منها مع يمينه . وإن كان في أيديهما حلف كل واحد منهما على نصفه وصار رهناً عنده ، وإن كان في يديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذه كما لو ادعى ملكه ، ولو قال رهنه عند أحدهما ثم رهنه للآخر ولا أعلم السابق منها فكذلك ، وإن قال هذا هو السابق بالمقد والقبض سلم إليه وحلف للآخر وإن نكل والعبد في يد الأول أو يد غيره فعليه قيمته للثاني كما لو قال هذا العبد لزيد وغصبته من عمرو فانه يسلم إلى زيد ويغرم قيمته لعمرو . وإن نكل والعبد في يد الثاني أقر في يده وغرم قيمته للأول لانه أقر له بعد ما قبل ما حال بينه وبين من أقر له فلزمته قيمته كما قلنا ، وقال القاضي إذا اعترف به لغير من هو في يده فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له ؟ على وجهين . ولو اعترف لاحدهما وهو في يديهما ثبتت يد المقر له وفي النصف الآخر وجهان

(فصل) إذا أذن المرتهن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز وتعلق حقه بشئنه ، وإن أذن له قبل حلوله مطلقاً فباعه بطل الرهن ولم يكن عليه عوضه لانه أذن له فيما ينافي حقه فاشبهه ماله أذن في عتقه وللمالك أخذ ثمنه وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومحمد يكون الثمن رهناً لأن الراهن باع الرهن بأذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه كما لو حل الدين . قال الطحاوي جق المرتهن متعلق بعين الرهن والثمن بدله فوجب أن يتعلق به كما لو أتلفه متلف . ولنا أنه تصرف يبطل حق المرتهن

(مسئلة) (وإن عفا السيد عن المال صح في حقه ولم يصح في حق المرتهن ، فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني ، وقال أبو الخطاب يصح وعليه قيمته)

إذا عفا السيد عن المال فقال القاضي يسقط حق الراهن دون المرتهن فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهناً فإذا زال الرهن رجع الارش إلى الجاني كما لو أقر أن الرهن منصوب أو جان فأن استوفى الدين من الارش احتمل أن يرجع الجاني على العافي لأن ماله ذهب في قضاء دينه فلزمته غرامته كما لو استعاره فرهنه ، واحتمل أن لا يرجع عليه لانه لم يوجد منه في حق الجاني ما يقتضي وجوب الضمان وإنما استوفى بسبب منه حال ملكه له فاشبهه مالوجي إنسان على عبده ثم وهبه لغيره فتلف بالجناية السابقة ، وقال أبو الخطاب : يضمن العفو مطلقاً ويؤخذ من الراهن قيمته تكون رهناً لانه أسقط دينه من غريمه فصح كسار ديونه ، قال ولا يمكن كونه رهناً مع تقدم حق الراهن فيه ولزمته القيمة لتقوية حق المرتهن كما لو أتلف بدل الرهن ، وقال الشافعي لا يصح العفو أصلاً لأن حق المرتهن متعلق به فلم يصح عفو الراهن عنه كالرهن نفسه ، وكما لو وهب الرهن أو غصب فعفا عن غاصبه . قال شيخنا : وهذا أصح في النظر ، فإن قال المرتهن أسقطت حقي من ذلك سقط لانه ينفع الراهن ولا يضره ، وإن قال أسقطت الارش أو أبرأت منه لم يسقط لانه ملك للراهن فلا يسقط باسقاط غيره وهل يسقط حقه ؟ فيه وجهان (أحدهما) يسقط وهو قول القاضي لأن ذلك يتضمن اسقاط حقه وإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه كما لو قال أسقطت حقي وحق الراهن (والثاني) لا يسقط لأن العفو ولا براء منه لا يصح فلم يصح ما يضمنه

من عين الرهن لا يملكه المرتهن فإذا أذن فيه اسقط حقه كالمعتق ، ويخالف ما بعد الحلول لأن المرتهن يستحق البيع ، ويخالف الاتفاق لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن ، فإن قال إنما أردت بإطلاق الاذن أن يكون منه رهنا لم يلتفت إلى دعواه لأن إطلاق الاذن يقتضي فيما يفسخ الرهن وبهذا قال الشافعي وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا أو يجعل له دينه من ثمنه جاز ولزم ذلك ، وإن اختلفا في الاذن فالقول قول المرتهن لأنه منكر ، وإن أذن في البيع واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا أو تسجيل دينه منه فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الشرط ، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن لأن الأصل بقاء الوثيقة ، وإن أذن الراهن في البيع ثم رجع قبل البيع فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع لم يصح بيعه ، وإن باعه بعد الرجوع وقبل العلم احتل وجب بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع فقال القاضي القول قول المرتهن أيضاً لأن الأصل عدم الرجوع وعدم البيع قبل الرجوع فعارض الاصلان وبقيت العين رهنا على ما كانت وبهذا كله قال الشافعي وهذا فيما لا يحتاج إلى بيعه ، فاما ما دعت الحاجة إلى بيعه كالذي خيف تلفه إذا أذن في بيعه مطلقاً تعلق الحق بثمنه لأن بيعه مستحق فأشبه ما يسم بعد حلول الدين

(فصل) إذا حل الحق لزم الراهن الايفاء لأنه دين حال فلزم ايفاءه كالذي لا رهن به فإن لم يوف وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن باعه ووفى الحق من ثمنه وما فضل من ثمنه فلما لم يكن فضل من الدين شيء فعلى الراهن . وإن لم يكن أذن لها في بيعه أو كان قد أذن لها ثم عزلها طوّل بالوفاء وبيع الرهن فإن فعل والا فعل الحاكم ماري من حبسه وتعزيره لبيعه أو يبيعه بنفسه أو أمينه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يبيعه الحاكم لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق لا على ماله

(فصل) وإن أقر رجل بالجناية على الرهن فكذباه فلا شيء لها ، وإن كذبه المرتهن وصدقه الراهن فله الارش ولا حق للمرتهن فيه وإن صدقه المرتهن وحده تعلق حقه بالارش وله قبضه فإذا قضى الراهن الحق أو أبرأه المرتهن رجع الارش إلى الجاني ولا شيء للراهن فيه ، وإن استوفى حقه من الارش لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء لأنه مقرر له باستحقاقه

(فصل) ولو كان الرهن أمة حاملاً فضرِبَ بطنها أجنبي فألقت جنيناً ميتاً ففيه عشر قيمة أمه وإن أُلقيت حياً ثم مات لوقت يغيث مثله ففيه قيمته ولا يجب ضمان نقص الولادة لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها ، ويحتمل أن ضمن نقصها بالولادة لأنه حصل بفعله فلزمه ضمانه كما لو عصبها ثم جنى عليها ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها أو ضمان جنينها لأن سبب ضمانها وجد فإذا لم يجتمع ضمانها وجب ضمان أكثرهما ، وإن ضرب بطن بهيمة فألقت ولدها ميتاً ففيه ما تنقصها الجناية لا غير وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الام ، وقال الشافعي : ما وجب لنقص الام أو لنقص البهيمة فهو رهن معها وكذلك ما وجب في ولدها وما وجب في جنين الامة فليس برهن ولنا أنه ضمان وجد بسبب الجناية على الرهن فكان من الرهن كالواجب لنقص الولادة وولد البهيمة

(مسألة) (وإن وطئ المرتهن الجارية بغير إذن الراهن فعليه الحد والمهر وولده رقيق)

لا محل للمرتهن وطء الجارية الموهونة اجماعاً لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وليست هذه زوجته ولا ملكة ، فإن فعل بغير إذن الراهن مالماً بالتحريم فعليه الحد لأنه

فلم ينفذ بيعه بغير اذنه . ولنا أنه حق تعين عليه فإذا امتنع من أدائه قام الحاكم مقامه في أدائه كإيفاء من جنس الدين وإن وفى الدين من غير الرهن انفك الرهن

(مسئلة) قال (والمرتبن أحق بضمن الرهن من جميع الغرماء حتى يستوفي حقه حياً كان الراهن أو ميتاً)

وجملته أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه وطالب الغرماء بديونهم أو حجب عليه لفسه وأريد قسمة ماله بين غرمائه فأول من يقدم من له أرش حناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن فإنه يخص بضمه عن سائر الغرماء لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم ، فيباع الرهن فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه ، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها ثم يقسم الباقي بين الغرماء على قدر ديونهم ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس لم يقدم وكان أسوة الغرماء لأن أرش جنابته يتعلق بذمته دون ماله فهو كبقية الديون بخلاف أرش جنابة العبد فإنها تتعلق برقبة العبد فلذلك كان أحق به ممن يتعلق حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن حياً أو ميتاً لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقاً بعين المال وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت فكذلك ما ثبت به كإرش الجنابة .

(فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلقت وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لأن حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرش .

لا شبهة له فيه فإن الرهن وثيقة بالدين ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ، ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكة لنفعها فالرهن أولى ، ويجب عليه المهر سواء أكرها أو طأعته ، وقال الشافعي لا يجب المهر مع المطاوعة لأن النبي ﷺ نهى عن مهر البني ، ولأن الحد إذا وجب على الموطوءة لم يجب المهر كالحرة . ولنا أن المهر يجب للسيد فلا يسقط بمطاوعة الأمة وأذاها كالأذن في قطع بدها ، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسيد بغير اذنه فكان عليه عوضها كالأكرها وكأرش بكارها لو كانت بزاراً والحديث مخصوص بالمكرهة على البغاء فإن الله تعالى ساءها بذلك مع كونها مكرهة فقال (ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن اردن تحصن) وقولهم لا يجب الحد والمهر قلنا لا يجب المهر لها وفي مسئلتنا لا يجب لها وإنما يجب لسيدها . ويقارق الحرة فإن المهر لو وجب لوجب لها وقد أسقطت حقه بأذنها ومنها المستحق لم يأذن ، ولأن الوجوب في حق الحرة يتعلق بأكرها وسقوطه بمطاوعتها فكذلك السيد ههنا لما يتعلق بالسقوط بأذنه ينبغي أن يثبت عند عدمه وسواء وطئها معتقداً للحل أو غير معتقداً له ، أو ادعى بشبهة أو لم يدعها لا يسقط المهر بشيء من ذلك لأنه حق آدمي فلا يسقط بالشبهات وولده رقيق للراهن لأنه من زنا ولأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبهه الاجني

جناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالاً آخر أنه يقدم على الغرماء لانه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتهن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل عنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي ، ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتهن فإن حقه يتعلق بالعين وما ذكره من المعنى الاول مستقضى بارش جناية المفلس والثاني مصلحة لأصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فأما ان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وينفرد به صاحبه لانه عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلعة المستحقة بأخذها ومتى باع العدل مال المفلس أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة فالمهدة على المفلس فلا شيء على العدل لأنه أمين .

(فصل) ومن استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بعين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً ، فان هلك البعير أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة وبضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وان استأجر جملاً في الذمة أو غيره ثم أفلس المؤجر فالمستأجر اسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين ، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، فان أجرة داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلهم ذلك ويبيعونها مستأجرة ، وان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه احوط من التأخير فاذا استوفى المستأجر يسلم المشتري ، وان اتفقوا على تأخير البيع حتى تقضي مدة الاجارة فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم

(مسألة) (وإن وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة وكان مثله مجهل ذلك فلا حد عليه ولا مهر وولده حر لا تلزمه قيمته)

وجملة ذلك ان المرتهن اذا وطئها باذن الراهن وادعى الجهالة بالتحريم فان احتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية أو حديث عهد بالاسلام فلا حد عليه وولده حر لانه وطئها معتقداً بإباحة وطئها فهو كما لو وطئها بظنها أمته ، وان لم يحتمل صدقه كالثاني يلاذ المسلمين مختلطاً بهم من أهل العلم لم يقبل دعواه لانه لا يخلو عن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك فيكون كمن لم يدع الجهل فيكون ولده رقيقاً للراهن لانه من زنا ، ومتى كان الوطء باذن الراهن لم يجب عليه قيمة الولد وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لان الاذن في الوطء اذن فيما يحدث منه بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء فحملت سقط حقه من الرهن ، وكما لو اذن في قطم أصعب لم يضمنها وكالحرة اذا اذنت في وطئها سقط عنه الضمان ، وفيه قول ان قيمة الولد يجب ؟ وإن أذن الراهن في الوطء وهو منصوص الشافعي لان وجوب الضمان يمنع اتخاذ الولد رقيقاً ويشبه اعتقاد الحمل وما حصل ذلك بأذنه بخلاف وطء الراهن فان خروجه من الرهن بالحمل الذي سببه الوطء المأذون فيه ولا يجب المهر اذا كان الوطء باذن الراهن ، وقال أبو حنيفة يجب وعن الشافعية كالمذهبيين

ولنا انه اذن في سببه وهو حقه فلم يجب كما لو أذن في قتلها ، ولان المالك اذن في استيفاء المنفعة

(فصل) ولو باع سامة ثم أفلس قبل تقيضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرها لأن المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وما بعده ، وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وإن لم يجده فله أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين مال ولا ثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه الذي يستحقه دون الثمن فيعزل له قدر حقه فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له بقدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلاً عما في الذمة من المسلم فيه ولا يجوز أخذ البدل عن المسلم فيه ، وإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشتري له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولآخر قفيز حنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم دينار المفلس نصفين لصاحب الدينار نصفه ويمزل نصفه للمسلم ، فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبين أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس الا ثلثه يشتري له به ثلثا قفيز فيدفع اليه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر ، فان غلا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبين انه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثاه فيشتري له بالثمن المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضاً لأن المعزول ملك المفلس وإنما للمسلم قدر حقه فان زاد للمفلس وان نقص فعليه

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده قال اذا أيسر من معرفتهم ومعرفته ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها فان عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يفرم لهم ، هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل ، فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، وأما ان رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

فلم يجب عوضها كالحرة المطاوعة ، وولده حر للشبهة وقد ذكرناه ، ولا تصير هذه الامة أم ولد بحال سواء ملكها المرتن بعد الوضع أو قبله ، وسواء حكنا بوقود الولد أو حرته وفيه وجه آخر أنه اذا ملكها حاملها أنها تصير أم ولد وسنذكر ذلك في امهات الاولاد

(فصل) قال عبد الله بن احمد سألت أبي عن رجل عنده رهون كثيرة لا يعرف أصحابها ولا من رهن عنده قال : اذا أيسر من معرفتهم ومعرفته ورثتهم فأرى أن تباع ويتصدق بثمنها ، فان عرف بعد أربابها خيرهم بين الأجر أو يفرم لهم . هذا الذي أذهب اليه ، وقال أبو الحارث عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة يأيس من صاحبه يبيعه ويتصدق بالفضل فظاهر هذا أنه يستوفي حقه ، ونقل أبو طالب لا يستوفي حقه من ثمنه ولكن ان جاء صاحبها بعد فطلبه أعطاه إياه وطلب منه حقه ، وأما ان رفع أمره الى الحاكم فباعه ووفاه منه حقه جاز ذلك

كتاب المفلس

المفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدرون من المفلس ؟ » قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الحياض ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس ذلك المفلس » تجاوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فليس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالفني ونحوه هذا قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يفلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس السابق من سبق بعمره وإنما السابق من غفر له » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح ميت إنما الميت ميت الأحياء

وإنما سمي هذا مفلساً لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف الفقهاء

(باب الحجر)

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجراً محجوراً) أي حرماً محرماً ويسمى العقل حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر ؟) أي عقل سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح ، وهو في الشرع منع الإنسان من التصرف في ماله (مسئلة) وهو على ضربين حجر على الإنسان لحظ نفسه وحجر لحق غيره (كالحجر على المريض في التبرع بما زاد على الثلث لحق الورثة ، وعلى العبد والمكاتب لحق السيد والراهن يحجر عليه في الرهن لحق المرتهن

ولهؤلاء ابواب يذكرون فيها ، ومن ذلك الحجر على المفلس لحق الغرماء وهو المذكور هنا ، والمفلس هو الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي ﷺ لأصحابه « أتدرون من المفلس ؟ » قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال « ليس ذلك المفلس ، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الحياض ويأتي وقد ضرب هذا ولطم هذا وأكل مال هذا وأخذ من عرض هذا فيأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك إلى النار » أخرجه مسلم بمناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس ، وقول النبي ﷺ « ليس ذلك المفلس » تجاوز لم يرد به نفي الحقيقة بل أراد أن فليس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه كالفني ، ونحو هذا قوله عليه الصلاة والسلام « ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذي يفلب نفسه عند الغضب » وقوله « ليس الغنى عن كثرة العرض إنما الغنى غنى النفس » ومنه قول الشاعر

ليس من مات فاستراح ميت إنما الميت ميت الأحياء

قيل إنما سمي هذا مفلساً لأنه لا مال له إلا الفلوس وهي أدنى أنواع المال ، والمفلس في عرف

من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فانه أخبر أن له حسنات أمثال الحبال لكنها كانت دون ماعليه فقسمت بين الغرماء وبقي لشيء له، ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاة دينه، ويجوز أن يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس ونحوها

(فصل) ومتى لزم الإنسان ديون حالة لا يفي ماله بها فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لزمته إجابتهم، ويستحب أن يظهر الحجر عليه لتجنب معاملته فإذا حجر عليه ثبت بذلك أربعة أحكام (أحدها) تعلق حقوق الغرماء بعين ماله (والثاني) منع تصرفه في عين ماله (الثالث) أن من وجد عين ماله عنده فهو أحق بها من سائر الغرماء إذا وجدت الشروط (الرابع) أن للحاكم بيع ماله وإيقاع الغرماء، والاصل في هذا ما روى كعب بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ بن جبل وباع ماله رواء الخلال بإسناده، وعن عبد الرحمن بن كعب قال كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حق أغرق ماله في الدين فحكم النبي صلى الله عليه وسلم غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء، قال بعض أهل العلم إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لانهم كانوا يهوداً

(مسألة) قال (وإذا فلس الحاكم رجلاً فاصاب أحد الغرماء عين ماله فهو أحق به إلا أن يشاء تركه ويكون اسوة الغرماء)

وجملته ان المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها بالشروط التي

الفقهاء من دينه أكثر من ماله، وسموه مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي ﷺ مفلس الآخرة فانه أخبر أن له حسنات أمثال الحبال لكنها لا تفي بما عليه فقسمت بين الغرماء وبقي لشيء له ويجوز أن يكون سمي بذلك لما يؤول اليه من عدم ماله بعد وفاة دينه ويجوز أن يكون سمي بذلك لانه يمنع من التصرف في ماله إلا الشيء التافه الذي لا يعيش إلا به كالفلوس

(مسألة) ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله لانه لا يلزمه أدائه ولم يحجر عليه من أجله لانه لا يستحق المطالبة به فلم يحجز منه من التصرف في ماله بسببه فان كان بعض دينه مؤجلاً وبعضه حالاً وكان ماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً، وقال بعض أصحاب الشافعي ان ظهرت أمارات الفلوس لكون ماله بازاء دينه ولا تفقه له إلا من ماله حجر عليه في أحد الوجهين لان الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً، ولنا أن ماله واف بما يلزمه أدائه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلوس ولان الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة الى الحجر

(مسألة) (فان أراد سفر المحل الدين قبل مدته فلفريجه منه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل)

بذكرها ملك فسخ البيع وأخذ ساعته ، روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال عروة ومالك والاوزاعي والشافعي والعنبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال الحسن والتخفي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لأن البائث كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه اسقط حقه من الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمترن اذا سلم الرهن الى الراهن ، ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه ، قال أحمد لو أن حاكما حكم انه أسوة الغرماء ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ، ولأن هذا المقدي لحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه اذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فان امساك الرهن امساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل والثمن هنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاءه رجع الى المبدل ، وقولهم تساوا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده . اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجب كالمبيع والخيار ، ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر الى حكم حاكم كفسخ النكاح لتلق الأمة .

(فصل) وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالمعيب وفي ذلك روايتان (إحداهما) هو على التراخي لانه حق رجوع يسقط إلى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) هو على الفور لانه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض فكان على الفور كالرد بالمعيب ولان جواز تأخيره يفضي الى انصرار الغرماء لافضائه إلى تأخير حقوقهم فاشبه خيار الاخذ بالشفعة ونصر القاضي هذا الوجه ولا أصحاب الشافعي وجهان كهمذين

وجملة ذلك أن المدين إذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل محل قدومه من السفر كمن يسافر إلى الحج لا يقدم الا في صفر ودينه محل في المحرم فله منعه من السفر لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضميناً مليئاً أو دفع رهناً بقي بالدين عند المحل فله السفر لزوال الضرر بذلك .

(مسألة) (فان كان لا يحل الدين قبله ففي منعه روايتان)

أما إذا كان الدين لا يحل الا بعد محل السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر فان كان سفره الى الجهاد فلغريمه منعه الا بضمين أو رهن لانه سفر يتعرض فيه لذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان لغير الجهاد فليس له منعه في إحدى الروايتين ، وهو ظاهر كلام الحرقي لان هذا السفر ليس بامارة على منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسمي الى الجمعة (والثانية) له منعه لان قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر فملك منعه منه كالاول ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلاً بحال سواء كان الدين يحل قبل محل

(فصل فان بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليركها لم يلزمه قبوله نص عليه احمد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع لان الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له بماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المبيع ، ولنا الخبر الذي روينا ، ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ماعليه لسيده ، وبهذا ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصومه بشئ من التركة ، وفي هذا القسم ضرر آخر لانه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر فيرجع عليه ، وإن دفعوا الى الفلاس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لانه زال العجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن ، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الاداء أو وهب له ما فأمكنه الاداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها واقية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يكن للبائع الفسخ لزوال سببه ولانه أمكنه الوصول الى ثمن سلمته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فان اشترى الفلاس من انسان سلعة بعد ثبوت الحجز عليه في ذمته لم يكن له الفسخ لتعذر الاستيفاء سواء علم أو لم يعلم ولانه لا يستحق المطالبة بشئها فلا يستحق الفسخ لتعذره كما لو كان ثمنها مؤجلاً ولان العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة فاشبه من اشترى مبيعاً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر أن له الخيار لعموم الخبر ولانه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً بمعسراً بنفقته ، وفيه وجه ثالث ان باعه عالماً بفلسه فلا فسخ له وان لم يعلم فله الفسخ سفره أولاً الى الجهاد أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الا من القصير ، ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منه اذا لم يوثقه برهن أو كفيل كالسفر بعد حلول الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله وفي السفر المختلف فيه تأخيره عن محله فلم يملك كحجزه

(مسئلة) (واذا كان حالاً وله ما يفي به لم يجبر عليه)

لعدم الحاجة الى ذلك ويأمره بوفائه فان أبي حبسه لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لي الواجد يحل عرضه وعقوبته» رواه احمد فمقوبته حبسه وعرضه أن يخلط له فيقال له يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك (مسئلة) (فان أصر باعه الحاكم وقضى دينه)

وجملته ان الغريم اذا حبس فصر على الحبس ولم يقض الدين قضى الحاكم دينه من ماله . وان احتاج الى بيع ماله في قضاء دينه باعه وقضى دينه وهذا مذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم بيع ماله لكنه يجبره على البيع اذا لم يمكن الايفاء بدونه ، فان امتنع لم يمه الحاكم وانما يجبره لبيع نفسه الا ان يكون عليه احد التقدين وما له من القدر الآخر فيقدم أحد التقدين عن الآخر لانه رشيد لا ولاية عليه فلم يجز بيع ماله بغير اذنه كالذي لا دين عليه

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حجز عن ماله ما ذاباع ما له في دينه . رواه الحلال باسناداه ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه خطب الناس فقال : ألا ان أسفح حبيثة قد رضي من دينه وأماته بأن يقال صبي الحاج فادان مريضاً فأصبح وقد رين به فن كان له عليه مال فليحضر غداً

كشترى المبيع، ويفارق المسر بالثقة لكون الثقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضى بالمسرها
رضى بسبب ماله يجب بخلاف مسألتنا وأما يشبه هذا إذا تزوجته مسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه
ثم أرادت الفسخ

(فصل) ومن استأجر أرضاً لميزرعها فأفلس قبل مضي شيء من المدة فلمؤجر فسخ الاجارة
لانه وجدعين ماله، وان كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة وان كان بعد مضي بعضها لم يملك
الفسخ في قياس قولنا في المبيع اذا تلف بعضه فان المدة ههنا كالبيع ومضي بعضها كتلف بعضه
لكن يعتبر مضي مدة ثلثها اجرة لانه لا يمكن التعرز عن مضي جزء منها بحال، وقال القاضي في موضع
آخر من اكترى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الارض فعليه بقية زرع المفلس الى حين الحصاد
بأجر مثله لان المقود عليه المنفعة فاذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالمقد وقد تعذر ردها عليه
فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد ان أتلف المبيع فله قيمته ويضرب بذلك مع الثرماء كذا ههنا
ويضرب مع الثرماء بأجر المثل دون المسمى، وهذا مذهب الشافعي، وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد
لصحته الخبر ولا يصح في النظر. أما الخبر فلان النبي ﷺ إنما قال « من أدرك متاعه بينه عند رجل
قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما أدرك متاعه بينه ولا هو أحق به بالاجماع فأنهم وافقوا على وجوب
بقيتها وعدم الرجوع في شيئا ولان معنى قوله « من أدرك متاعه بينه » أي على وجه يمكنه أخذه
لا يتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك، وأما النظر فلان البائع إنما كان أحق أمين ماله لتعلق حقه
بالمين وإسكان رد ماله اليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالمين

فانا نأتمو ماله وقاسموه بين غرمائه « ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بشيء
رضاء كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأمان وقياسهم يطول ببيع الدراهم بالدنانير
(مسئلة) (وان ادعى الاعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو غرق له مال سابق
حبس الا أن يقيم البينة على قادم ماله أو إعساره، وهل يحلف معها؟ على وجهين وإن لم يكن
كذلك حلف وخلى سبيله)

وجهة ذلك ان من وجب عليه دين حال فطولب به فلم يؤده فان كان في يده مال ظاهر أمره
الحاكم بالقضاء، وان لم يظهر له مال قاعدى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب أنظاره ولم يحجز
ملازمته لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولقول النبي صلى الله عليه وسلم
لثرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم ليس لكم الا ذلك » ولان الحبس اما أن يكون لاثبات
عسرة أو لقضاء دينه وعسرة ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس فان كذبه غريمه فلا يخلو اما
ان يكون عرف له مال أو لم يعرف، فان عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة كالقرض
والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا فالقول قول غريمه مع بعينه فاذا حلف أنه ذو مال حبس
حتى تشهد البينة باعساره. قال ابن التذرك أكثر من تحفظ منه من علماء الامصار وقضاةهم يرون الحبس
في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبد الله بن الحسن، وروي عن شرح
والشعبي وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الثرماء ولا يحبس، وبه قال عبد الله بن
أبي جعفر والبيهقي بن سعد.

ولا أمكن ردها اليه ، وإنما صار فائدة الرجوع بالضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو المقضي في محل النص ولا هو في معناه فائبات الحكم به تحم بغير دليل ، ولو اكترى رجلاً يحمل له متاعاً إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء فللمكترى الفسخ ، وإن حمل البعض أو بعض المسافة فقياس المذهب ليس له الفسخ وقياس قول الناضي له ذلك فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى ، وعلى قياس قول القاضي يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) فإن أقرض رجلاً مالا ثم أفلس المقرض وعين المال قائم فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع ، وإن أصدق امرأة له عيناً ثم أفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل دخوله بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفاست ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا **مسئلة** قال (فإن كانت السلمة قد تلف بعضها أو مزيدة بما لا تنفصل زيادتها أو نقد بعض ثمنها كان البائع فيها كاسوة الغرماء)

وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في الساعية بخمس شرائط (أحدها) أن تكون السلمة باقية بعينها لم تلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف العبد أو ذهب عينه ، أو تلف بعض الثوب أو أهدم بعض الدار أو اشترى شجراً مشراً لم تظهر ثمرة ثقلتها للثمرة أو نحو هذا لم يكن

ولنا أن انظار قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فإن شهدت البيئة بتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لأن التلّف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم ، وإن طلب الغريم اختلافه على ذلك لم يجب اليه لأنه تكذيب للبيئة ، وإن شهدت مع ذلك بالأعسار اكتفى بشهادتهما وثبتت عسرته وإن لم تشهد إلا بالتلف وطلب الغريم يمينه على عسرته وأنه ليس له مال آخر استحقاق على ذلك لأنه غير ما شهدت به البيئة وإن لم تشهد بالتلف وإنما شهدت بالأعسار لم تقبل الشهادة إلا من ذي خبرة باطنة لأن هذا في الأمور الباطنة لا يطلم عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخاطبة وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك أنه قال لا تسمع البيئة على الأعسار لأنها شهادة على النبي فلم تسمع كما لو شهدت أنه لا دين عليه

ولنا ما روى قبيصة بن الحارث أن النبي ﷺ قال « يا قبيصة إن المسئلة لا تحل إلا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من أهل الحجى من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش » رواه مسلم وأبو داود ، وقولهم إن الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقاً فانه لو شهدت بيئة أن هذا وارث هذا الميت لا وارث له سواء قبلت ، ولأن هذه وإن كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالمشاهدة بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له فإن هذا بما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها إلى معرفته بخلاف مسئلتنا وتسمع البيئة في الحال ، وبهذا قال الشافعي

للبيع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك والاوزاعي وأشافعي والحنفي
 له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لأنها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع
 في بعضها كالذي له الخيار وكلاب فيما وهب لولده ، ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك
 متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » فشرط أن يجده بعينه ولم يجده بعينه ولأنه إذا أدركه
 بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف ما إذا وجد بعضه ، ولا
 فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه من الثمن لأنه فاق شرط الرجوع ، وإن
 كان المبيع عينين كعبد بن أو ثوبين تلف أحدهما أو بعض أحدهما في جواز الرجوع في الباقي منهما
 روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها أبو طالب عن أحمد قال لا يرجع ببقية العين ويكون أسوة الغرماء
 لأنه لم يجد المبيع بعينه فأشبهه بالوكان عيناً واحدة ، ولأن بعض المبيع تلف فلم يملك الرجوع كالأو
 قطعت يد العبد ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد إن كان ثوباً واحداً قتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ،
 وإن كان رزماً قتلف بعضها فإنه يأخذ بقيمتها إذا كان بعينه لأن السالم من المبيع وجده البائع بعينه
 فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به »
 ولأنه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع

(فصل) وإن باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لأن البائع ما أدرك ماله بعينه
 (فصل) وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة
 أو كبر أو مرض أو تغير عقله ، أو كان ثوباً خلق لم يمنع الرجوع لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه
 وقال أبو حنيفة لا نسمع في الحال وتجسس شهراً وقيل ثلاثة أشهر ، وروى أربعة حتى يغلب على ظن
 الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره

ولنا أن كل ينة جاز سماعها بعمدة جاز سماعها في الحال كسائر الينيات وما ذكره لو كان صحيحاً
 لاغنى عن الينة ، فإن قال الغرماء أحلفوه لي مع ينته أن لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام أحمد لأنه
 قال في رواية إبراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغرماء استحلفوه لا يستحلف لأن ظاهر الحديث
 الينة على المدعي واليمين على من أنكر . قال القاضي سواء شهدت الينة بتلف المال أو بالأعسار وهذا أحد
 قولي الشافعي لأنها ينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده وفيه وجه آخر أنه يستحلف
 وهو القول الثاني للشافعي لأنه محتمل أن يكون له مال خفي عن الينة . قال شيخنا : ويصح عندي
 الزامه اليمين على الأعسار إذا شهدت الينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما إذا شهدت بالأعسار لأنها
 إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف ذلك المال وادعى
 له مالا سواه أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ، ولو لم تقم الينة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له
 مالا سواه لزمته اليمين فكذلك إذا قامت به الينة فأنها لا تزيد على الإقرار ، فإن كان الحق ثبت عليه
 في غير مقابلة مال أخذه كأرش الجناية وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كانت
 امرأة فإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ، وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وإنا
 اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال ، وقد روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن
 سواء « لا يأسا من الرزق ما اهترت زؤسكا فإن ابن آدم يخلق وليس له إلا قشرناه ثم يرزقه الله تعالى »

عين ماله لكنه يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين أن يضرب مم الغرماء بكال ثمنه لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلامة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كقفصه لتغير الاسعار، ولو كان المبيع أمة ثيباً فوطئها المشتري ولم يحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا قلنا لم تنقص في ذات ولا في صفات، وإن كانت بكرأ فقال القاضي: له الرجوع لأنه فقد صفة قانه لم يذهب منها جزء وأما هو كالجراح، وقال أبو بكر: ليس له الرجوع لأنه اذهب منها جزءاً فأشبهه مالو فقاً عنها، وإن وجد الوطء من غير الفليس فهو كوطء الفليس فيما ذكرنا

(فصل) وإن جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن فأشبهه مالو فقتت عين العبد لأنه ذهب من العين جزء له بدل فنع الرجوع كما لو قطعت يد العبد ولأنه لو نقص صفة مجردة لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواء كما ذكرنا في هزال العبد ولسان الصنعة وهما بخلافه، ولأن الرجوع في الحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لا يحصل به هذا المقصود. وقال القاضي: قياس المذهب أن له الرجوع لأنه فقد صفة فأشبهه لسان الصنعة واستخلاق الثوب، فإذا رجع نظرنا في الجرح فإن كان مما لا أرض له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جنابة الفليس أو جنابة عبده أو جنابة العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرض، وإن كان الجرح موجياً لأرض كجنابة الاجنبي فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء محصة مانقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن، فإن قيل فهلا جعل له الارش الذي وجب على الاجنبي لأنه لو لم يجب به أرض لم

قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا تعلم له ذنبا يعاقب به والاصل عدم ماله بخلاف من علم له مال فإن الاصل بقاء ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه ومطلق كلام الحرقي يدل على أنه يحبس في الحالتين لكنه ينبغي أن يحمل كلامه على هذا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يحزم مطالبته ولا ملازمته، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لغرمائه ملازمته من غير أن ينعوه من الكسب، فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم في الدخول معه والا ينعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان»

ولأن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته كصاحب الدين المؤجل، وقول الله تعالى (فانظر إلى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا، وقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في غار ابناءها فكثرت دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك» رواه مسلم والترمذي (مسئلة) (وإن كان له مال لا يفي به فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه لزمته أجابتهم)

إذا اتفق الغرماء على طلب الحجر عليه في هذه الحال لزم الحاكم إجابتهم ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية له في ذلك إنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم، وكذلك إن سأله بعضهم، وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل مجتهد فيه. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الحلال بإسناد

يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضموناً بأثلاثه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمه بالارش ، وإذا لم يتلفه أجنبي فلم يكن مضموناً فلم يجب بفواته شيء ، فان قيل : فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضمه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها مضمونة بالموض فلهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً خلطه بزيت آخر أو قحاً خلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع وقال مالك : يأخذ زيتاً ، وقال الشافعي : ان خلطه بمثل أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل أو الوزن . وان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه من العين ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ولأنه ليس فيه أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فتلته ولنا انه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ولان ما يأخذه من غير عين ماله إنما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يخص به دون الغرماء كما لو تلف ماله وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه » أي من قدر عليه ويمكن من أخذه من المفلس بدليل ماله وجده بعد زوال ملك المفلس أو كانت مسامير قد سمر بها باباً أو حجراً قد بني عليه أو خشباً في سقفه أو أمة استولدها وهذا إذا اخذ كيله أو قيمته إنما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصروع فان عينه يمكنه أخذها والسويق كذلك فاختلفاً .

(فصل) وتصرفه قبل حجر الحاكم في ماله نافذ من البيع والهبة والاترار وقضاء بعض الغرماء وغير ذلك وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً لانه رشيد غير محجور عليه فنقد تصرفه كغيره ، ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ، ولانه من أهل التصرف ، ولم يحجر عليه أشبه المولى وان أكره جملته بينه أو داراً لم تنفسخ أجارته بالمفلس وكان المكتري أحق به حتى تنقضي مدته

(مسألة) (ويستحب اظهار الحجر عليه والاشهاد عليه)

لتجنب معاملته لئلا يستضر الناس بضياع أموالهم ، ويشهد عليه لينتشر ذلك وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فلا يحتاج الى ابتداء حجر ثان

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام (أحدها) تعلق حق الغرماء بماله فلا يصح تصرفه فيه ولا يقبل إقراره عليه الا التقى على إحدى الروايتين متى حجر على المفلس لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف فيه يبيع أو هبة أو وقف أو إصداق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح ، وبه قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء والا بطل . ولنا ان حقوق الغرماء تملكت بأعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالعين المرهونة ولانه محجور عليه بحكم حاكم فأشبه السفينة ، وان أقر بدين لم يقبل في الحال ويتبع به بعد فك الحجر عنه نص عليه وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يماركهم اختاره ابن المنذر لانه دين ثابت مضاف الى ما قبل الحجر فشارك صاحبه الغرماء

(فصل) وان اشترى حنطة فطحنها او زرعها او دقيقاً فخبزه او زيتاً فعمله صابوناً او ثوباً فقطعه
قيصاً او غزلاً فنسجه ثوباً او خشباً فنجره ابواباً او شريطاً فعمله ابراً او شيئاً فعمل به ما زال اسمه
سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان أحدهما به اقول يأخذ عين ماله ويعطي قيمة عمل المفلّس
فيها لان عين ماله موجودة وانما تغير اسمها فأشبهه مالهو كان المبيع حلاً فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلاً
ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولأنه غير اسمه وصفته فلم يملك الرجوع كما
لو كان نوى قنبت شجراً . والاصل الذي قالوا عليه ممنوع وان سلم فإنه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا
(فصل) وإن كان حباً فصار زرعاً أو زرعاً فصار حباً أو نوى قنبت شجراً أو بيضاً فصار فراخاً
سقط حق الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليه منهما
لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة ، ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو آتلفه متلف
فاخذ قيمته ولان الحب اعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع وكذلك اعيان الزرع والفرخ

كما لو ثبت بينة ، ولنا أنه محجور عليه فلم يصح اقراره فيما حجب عليه فيه كالفقيه ولأنه اقرار يبطل
ببوته في غير حق غير المقر فلم يقبل أو اقرار على الغرماء فلم يقبل كقرار الراهن ولأنه منهم في اقراره
وفارق البينة فانه لا همة في حقها ، فان كان المفلّس صانماً كالقصار والحائك في يده متاع فأقربه لاربابه
لم يقبل والقول فيها كالتى قبلها وتباع العين التي في يده وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على
المفلّس اذا قدر عليها لانها انصرفت في وفاء دينه بسبب من جهة فكأن قيمتها عليه كما لو أذن في
ذلك ، وان توجهت على المفلّس بين فشكل عنها فقضي عليه فحكمه حكم اقراره يلزم في حقه دون
الغرماء فان أعتق بعض رقيقه صح في احدي الروايتين ونفذ وهو قول أبي يوسف واسحاق لانه عتق
من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر . وفارق سائر التصرفات لان للعق تغليباً وسراية ولهذا يسري
إلى ملك الغير بخلاف غيره ، والاخرى لا ينفذ عتقه وبه قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي
واختاره أبو الخطاب في رهوس المسائل لانه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي
يستغرق دينه ماله ، وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسراً يؤخذ منه قيمة نصيب
شريكة ولا يتضرر ولو كان معسراً لم ينفذ عتقه إلا في ملكه صيانة لحق الغير وحفظاً له عن الضياع
كذا هنا وهذا أصح ان شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ (فان تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو اقرار صح)

ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه أهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر متعلق بماله
لا بذمته ولسكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك اذا علموا بفلسه وطاموهم ومن
لا يعلم فقد فرط في ذلك فان هذا في مظنة الشهرة ، فعلى هذا يتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وفي اقراره
خلاف ذكرناه في المسئلة التي قبلها ، فاما ان ثبت عليه حق بينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل
الحجر عليه أشبهه مالهو شهدت به قبل الحجر

﴿ مسألة ﴾ (وان جنى شارك المجني عليه الغرماء وان جنى عبده قدم المجني عليه بشئنه)

إذا جنى المفلّس بعد الحجر جنابة موجبة للمال شارك المجني عليه الغرماء لان حق المجني عليه ثبت
بغير احتقاره ، ولو كانت الجنابة موجبة لاقتصاص فعفا صاحبها عنها الى مال او صالحه المفلّس على مال

ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وفلس فالوَجَر وبائع البذر والماء غرماء لاحق لهم في الرجوع لانهم لم يجدوا أعيان أموالهم على قول من قال له الرجوع في الزرع يكون عليه غرامة الاجرة وثمان الماء أو قيمة ذلك

(فصل) وان اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فبذبت فقَالَ أصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما ، وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغير اسمها ويكون المفلئ شريكاً لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له وان حصل نقص فعليه وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق فان شاء البائع أخذهما ناقصين ولا شيء له وان شاء ركهما وله أسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالهزال ، ويحتمل ان لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلئ فتمت الرجوع كما لو سمن العبد ولان الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلئ ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وإزالة المعاملة بل يحصل به ضرر الشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً فلت به سويقاً فبائعها أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لانه وجد عين ماله ، قالوا ولو اشترى ثوباً وصبغاً وصبغ الثوب بالصبغ

شارك الغرماء لان سببه ثبت بتغير اختيار صاحبه فأشبه ما أوجب المال ، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من جنى عليه بعض عبيد المفلئ ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بعينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا ، فان جنى عبده قدم الجاني عليه بشئنه لان الحق تعلق بالعين فقدم على من تعلق حقه بالذمة كما يقدم حق المرتهن بشئ الرهن على الغرماء ولان حق الجاني عليه يقدم على حق المرتهن فأولى ان يقدم على حق الغرماء

(فصل) قال رحمه الله (الثاني أن من وجد عنده عينا باعها إياه فهو أحق بها بشرط أن يكون المفلئ حياً ولم ينقد من ثمنها شيئاً والسلمة بحالها لم يتلف بعضها ولم تتغير صفاتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق)

وجملته ان المفلئ إذا حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلطه التي باعه إياها بعينها فله فسخ البيع والرجوع في عين ماله بالشروط التي نذكرها روي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة وبه قال هريرة ومالك والشافعي والاوزاعي والعبري واسحاق وأبو ثور وابن المنذر ، وقال الحسن والنخعي وابن شبرمة وأبو حنيفة هو أسوة الغرماء لان البائع كان له حق الامساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حق الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك بالافلاس كالمرتهن اذا سلم الرهن الى الراهن ولانه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كماثرهم

ولنا ما روي أبو هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به » متفق عليه قال أحمد . لو ان حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر الغرض كالمسلم فيه اذا تعذر ولانه لو شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو

رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكاً لبائع الثوب وان حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لانه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله فاذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه وللآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع .

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولان المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجراً بنى عليه أو مسامير سمر بها باباً ، ولو اشترى ثوباً وصبغاً من واحد فضبعه به فقال أصحابنا لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون المفلس شريكاً له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمان الصبغ . ويحتمل ان يرجع فيها ههنا لانه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولان المعنى في الحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا فيملك الرجوع به كما يملك ثم ولو أنه اشترى رفوفاً ومسامير من رجل واحد فسمرها بها رجع بائعها فيهما كذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) اذا اشترى ثوباً فقصره لم يخل من حالين (أحدهما) أن لا تزيد قيمته ذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع فيها كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها وسواء نقصت قيمته بذلك أو لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع على قياس قول الحنفي لان الثوب زاد زيادة لا تتميز فلم يملك

وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ويفارق البيع الرهن فان امسك الرهن امسك بمجرد على سبيل الوثيقة وليس يبدل والثمن ههنا بدل عن العين فاذا تعذر استيفاءه رجع الى المبدل وقولهم تساووا في سبب الاستحقاق قلنا لكن اختلفوا في الشرط فان بقاء العين شرط لملك الفسخ وهي موجودة ففي حق من وجد متاعه دون من لم يجده ، اذا ثبت هذا فان البائع بالخيار ان شاء رجع في السلعة وان شاء لم يرجع ، وكان أسوة الغرماء وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو اقل أو أكثر لان الاعسار سبب يثبت جواز الفسخ فلا يوجه كالعيب والخيار ، ولا يقتصر الفسخ الى حكم حاكم لانه فسخ ثبت بالنقص فلم يحتاج الى حكم حاكم كفسخ التكاثر لثقل أمة

(فصل) وهل خيار الفسخ على الفور أو التراخي فيه وجهان (أحدهما) أنه على التراخي لأنه حق رجوع يسقط الى عوض فكان على التراخي كالرجوع في الهبة (والثاني) على الفور لان جواز تأخيرها يفتي الى الضرر بالغرماء لافضائه الى تأخير حقوقهم فأشبه خيار الاخذ بالشفعة وهذان الوجهان مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب ، ونصر القاضي الوجه الثاني ولاصحاب الشافعي الوجهان (فصل) فان بذل الغرماء لصاحب السلعة الثمن ليرتكها لم يلزمه قبوله نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال مالك ليس له الرجوع اما جاز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن فاذا بذل له كماله لم يكن له الرجوع كما لو زال العيب من المعيب

ولنا الخبر الذي روينا ولانه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه فلم يجبر صاحب الحق على قبضه كما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو أعسر المكاتب فبذل غيره ما عليه لسببه وههنا

البائع الرجوع فيه كما لو سمن العبد ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائعي الصبغ إذا صبغ به والزيت إذا لبس به سويق، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لأنه أدرك متاعه بعينه ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عينها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها، فقل قولهم إن كانت القصارة بعمل المفلس أو باجرة وفاها فيها شريكان في الثوب فإذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه ولبائعه خمسة أسداسه فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس لزمه قبولها لأنه يتخاص بذلك من ضرر الشراكة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري وإن لم يخرت بيع الثوب وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فإن كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت إليه وإن كانت أقل فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما بقي وإن كانت أكثر من أن تكون الزيادة درهمين والاجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) الشرط الثاني أن لا يكون المسع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الصناعة أو الكتابة أو القرآن ونحو ذلك، واحتاتف المذهب في هذا فذهب الحنفي إلى أنها تمنع الرجوع، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي إلا أن مالكاً يحجز الغرماء بين أن يعطوه السلعة أو عنها الذي باعها به، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المنفصلة فلا تمنعه المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فإنه ليس بفسخ ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وههنا لا يمكنه الرجوع في الثمن. ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالفصله وكالحاصلة بفعله ولأن الثمن لم يصل إليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله، وفارق الرد بالعيب لوجهين (أحدهما) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (والثاني) أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ ههنا لسبب حادث فهو أشبه بفسخ

ينتقض ما ذكره وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بشئ من مال المفلس، وفي هذا القسم ضرر آخر لأنه لا يأمّن أن يظهر له غريم لم يحضر فيرجع عليه، وإن دفعوا إلى المفلس الثمن فبذله للبائع لم يكن له الفسخ لأنه زال المعجز عن تسليم الثمن فزال ملك الفسخ كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه فملك أداء الثمن، ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه فتمكن من الأداء أو وهب له مال فأمكنه الأداء منه أو غلت أعيان ماله فصارت قيمتها واقية بحقوق الغرماء بحيث يمكنه أداء الثمن كله لم يملك الفسخ لزوال سببه ولأنه تمكن الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري فلم يكن له الفسخ كما لو لم يفلس

(فصل) فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد الحجز في ذمته وتعدر الاستيفاء لم يكن له الفسخ سواء علم أو لم يعلم لأنه لا يستحق المطالبة بشئها فلا يستحق الفسخ لتعذر كماله وإن كان منها مؤجلاً ولأن العالم بالمفلس دخل على بصيرة بخراب الذمة أشبه من اشترى معيلاً يعلم عيبه، وفيه وجه آخر له الحجاز لعموم الخبر ولأنه عقد عليه وقت الفسخ فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقتها، وفيه وجه ثالث إن كان عالماً بفلسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم فله الفسخ كمشترى العيب ويفارق المعسر بالنفقة لكون النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فالرضا بالمعسر رضا بعيب مالم يجب

التكاح الذي لا يستحق به استرجاع الدين الزائدة ، وقولهم : إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يتدفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنه من أخذ حقه من العين ولو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشري الميعب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة ، فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة وأنه لا يمكن فصلها فكذلك هنا بل أولى فإن الزيادة تتعلق بها حق المفلس والفرءاء فتمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تفويتها على الفرءاء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم والمفلس المحتاج إلى تبرة ذمته عند اشتداد حاجته

(فصل) وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وهما قد تعلق به حقوق الفرءاء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من اندليل . بحقه أنه إذا كان تلق بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا بالفرءاء فلان يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا فيها باعه وخرج منه وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ماله يخرج عنه فكان بالمتنع أحق

(فصل) فأما الزيادة المنفصلة كالولد والتمر والكس فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص إذا كان نقص صفة الزيادة للمفلس ، هذا ظاهر كلام الحنفي لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد والقاضي ومذهب الشافعي وهو الصحيح أن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للنائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة .

بخلاف مسئلتنا ، وأما يشبه هذا إذا تزوجت معسراً بالصداق وسلمت نفسها إليه ثم أرادت الفسخ (فصل) وإن استأجر أرضاً للزرع فأفلس قبل مضي شيء من المدة فلمؤجر فسخ الاجارة لأنه وجد عين ماله وإن كان بعد انقضاء المدة فهو غريم بالاجرة ، وإن كان بعد مضي بعضها لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلق بعضه فإن المدة هنا كالمبيع ومضي بعضها كتلف بعضه لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجر لأنه لا يمكن التحرز عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضي في موضع آخر من أكرى أرضاً فزرعها ثم أفلس ففسخ صاحب الأرض فعله ببقية زرع المفلس إلى حين الحصاد بأجر مثله لأن المقود عليه المنفعة فإذا فسخ العقد فسخه فيها مالك عليه بالعقد وقد تعذر ردها عليه فكان عليه عوضها كما لو فسخ البيع بعد تلق المبيع فله قيمته ، وبضرب بذلك مع الفرءاء كذا ههنا ، وبضرب مع الفرءاء بأجر المثل دون التسمية وهذا مذهب الشافعي وهذا لا يقتضيه مذهبنا ولا يشهد بصحته الخبر ولا يصح في النظر . أما الخبر فلأن النبي ﷺ إنما قال « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ولا هو أحق به بالاجماع فانهم وافقوا على وجوب تقيتها وعدم الرجوع في عينها ولأن معنى قوله من أدرك متاعه بعينه أي على وجه يمكنه أخذه ويتعلق حقه بعينه وليس هذا كذلك ، وأما النظر فإن البائع إنما كان أحق بعين ماله لتعلق حقه بالعين وأما كان رد ماله إليه بعينه فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة وهذا لم يتعلق حقه بالعين

ولنا أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لورده بعيب ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الأقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ وقول النبي ﷺ « الحراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له ثم لو سلمنا ثم فالفرق ظاهر فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان مبيعين ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها إلا أن يكون الحمل قد زاد بكبره وكثرت قيمتها من أجله فيكون من قبيل الزائد زيادة متصلة على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيها بكل حال من غير تفصيل ، والصحيح أننا قلنا أن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة فعلى قول أبي بكر لا يمنع الرجوع فيها وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يمنع الرجوع في الأم لثلاث يفضي إلى التفريق بين الأم وولدها ويحتمل أن يرجع في الأم ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعا له وإن لم يفعل بيعت الأم وولدها جميعا وقسم الثمن على قدر قيمتهما فما خص الأم فهو للبائع وما خص الولد كان للمفلس ، وإن قلنا أن للولد حكما وهو الصحيح لما ذكرناه فيها تقدم فإن كانت الأم والولد قد زادا بالوضع فحكمها حكم المبيع الزائد زيادة متصلة وإن لم يزد جاز الرجوع فيها وإن زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين فنلف بعض أحدها فهل ينم ذلك الرجوع في الأخرى كذلك ؟ يخرج ههنا وجهان (أحدهما) أنه له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه كحكم الرجوع في الأم دون الولد على ما فصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منها لأنه لم يجد المبيع إلا زائداً فامتص عليه الرجوع كالعين الواحدة ، وإن كان البيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكمها إلا في أن التفريق بينها وبين ولدها جائز ، والأمة بخلاف ذلك .

ولا أمكن ردها إليه وإنما صار فائدة الرجوع بالضرب بالقيمة دون المسمى وليس هذا هو مقتضى في محل النص ولا هو في معناه فثبت الحكم به بحكم بغير دليل ، ولو اكترى من يحمل له متاعا إلى بلد ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء فللمكترى الفسخ . وإن حمل البعض أو بعض المسافة لم يكن له الفسخ في قياس المذهب وقياس قول القاضي له ذلك وإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى وعلى قياس قول القاضي يفسخ العقد في الجميع ويضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله في المسئلة التي حكينا قوله فيها

(فصل) وإن أقرض رجلا مالا ثم أفلس المقرض وعين المال قائمة فله الرجوع فيها لقوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولأنه غريم وجد عين ماله فكان له أخذها كالبائع فإن أصدق امرأة عينا ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها أو طلقها قبل الدخول بها فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلس ووجد عين ماله فهو أحق بها لما ذكرنا (فصل) وإنما يستحق الرجوع في السلعة بشروط خمسة (أحدها) أن يكون المفلس حيا فإن مات

(فصل) وان اشترى حائلا فحماة ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحزقي ولا تمنعه على رواية اليموني، وان أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح، وبمتنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ما ذكرنا في التي قلها، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائع فيكون له الرجوع فيها، وقال القاضي: اذا وحدها حاملا انبنى على ان الحمل هل له حكم أولا؟ فان قلنا لاحكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة. وإن قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل يترتب به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجدته بعد وضعه، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) إذا كان المبيع نخلا أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تنقص ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر وبشرطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم مالهو اشترى عينين قتلت احدها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بحصة الناق من الثم؟ على روايتين. وإن تلف بعضها فهو كتلف جميعها. وإن زادت أو بداصلاحها فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه نخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق فان أفلس بعد تلف الثمرة أو تلف بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) بابعه نخلا حائلا فأطلعت أو شجراً فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحزقي كالسمن والكبر، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطامع لانه يمكن فصله ويصح إفراده بالبيع فهو كماؤبر بخلاف السمن والكبر وهذا قول ابن حامد، وعلى رواية اليموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطامع للبائع كما لو فسخ بعيب وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطامع وكذلك عندهم الرد بالعيب والاخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع بغير خلاف والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر

فالبايع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات قتيبن فلسه وبهذا قال مالك وإسحاق، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلد الزرقي قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم «أما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمأنته إذا وجدته بعينه» رواه أبو داود وابن ماجه ولان هذا العقد باحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه، ولان المفلس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة عن النبي ﷺ في حديث المفلس «فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه أبو داود وروى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقضى

والصحيح الاول لان الثمرة لا تنبم في البيع الذي ثبت براضيتها في الفسخ الحاصل بغير رضى المشتري
أولى . ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً
لان ذلك من فعل المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤثر فلم يرجع حتى أبر لم يكن له
الرجوع كما لو أفلس بعد تأجيرها لان العين لا تنتقل إلا باختياره لها وهذا لم يجزها إلا بعد تأجيرها
فان ادعى البائع الرجوع قبل التأجير وأنكره المفسل فالقول قول المفسل مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه وعدم
زواله . وإن قال له البائع بمت بعد التأجير وقال المفسل بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد
الفرماء للمفسل لم تسمع شهادتهم لانهم يجرون إلى أنفسهم نقماً ، وان شهدوا للبائع وهم عدول
قبلت شهادتهم لعدم التهمة (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمرة أو ذهبت بجائحة أو غيرها
رجع البائع في الاصل والثمره للمشتري إلا على قول أبي بكر وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع
البائع فيه فليس له مطالبة المفسل بقطع الثمرة قبل أو ان الجزاء ، وكذلك إذا رجع في الارض وفيها
زرع للمفسل فليس له المطالبة بأخذه قبل او ان الحصاد لان المشتري زرع في ارضه بحق وطلعه على
الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كما لو باع الاصل وعليه الثمرة او الزرع وليس على صاحب
الزرع اجر لانه زرع في ارضه زرعاً يجب تبقيته فكأنه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان
ذلك . اذا ثبت هذا فان اتفق المفسل والفرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب
بعضهم قطعه وبعضهم تبقيته نظرنا فان كان مما لا قيمة له بمقطوعاً او قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه
وتضييع للمال وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعته وان كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان (احدهما) يقدم
قول من طلب القطع لانه احوط فان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع إن كان المفسل فهو يقصد
تبرئة ذمته وإن كان الفرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي واكثر
اصحاب الشافعي (والثاني) ينظر إلى ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك انفع لجميعهم والظاهر سلامته
ولهذا يجوز ان يزرع للمولي عليه ، وفيه وجه آخر انه إن كان الطالب للقطع الفرماء وجبت اجابتهم
لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايفائها وان كان الطالب له المفسل دونهم وكان
التأخير احظ له لم يقطع لانهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم وللمفسل والمفسل يطلب ما فيه
ضرر بنفسه ومنع للفرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الفرماء اجابته الى ذلك

من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الفرماء» رواه ابن ماجه ولانه تعلق به حق غير المفسل والفرماء وهم
الورثة فأشبهه الموهوب وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، وقال ابن عبد البر يرويه ابو المعتمر
عن الزرقى وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به اجماعاً فانه جعل المتاع نصاحبه
بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه ، والامر بخلاف ذلك عند
جميع العلماء الا ما حكى عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال لصاحب السلعة ان يرجع فنها اذا
مات المشتري ، وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن اقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يرجع على مثله ويقارن
حال الحياة حالة الموت لافرين (احدهما) ان الملك في الحياة للمفسل وهما لغيره (الثاني) ان ذمة
المفسل خربت هنا خراباً لا يعود واختصاص هذا بالعين يضر بالفرماء كثيراً بخلاف حال الحياة
(الشرط الثاني) ان لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع

(فصل) إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به ولم يكونوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفسر وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لأنهم يقرون أنهم لاحق لهم فيه فإن أراد دفعه إلى أحدهم وتخصيصه بشئ فله ذلك لإقرار باقهم بعدم حقهم فيه فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر على قبوله أو الإبراء من قدره من دينه فيقال له إما أن تقبضه وإما أن تبري من قدر ذلك من دينك وهذا مذهب الشافعي لأنه محكوم به للمفسر فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المسكاتب إلى سيده نجوم كتابته فقال سيده هذا حرام وأنكر المسكاتب، وإن أراد قسمته على الغرماء لزمهم قبوله أو الإبراء لذلك، فإن قبضوا الثمرة بعينها لزمهم رد ما حصل لهم إلى البائع لأنهم يقرون له بها فلزمهم دفعها إليه كما لو أقروا بمتق عبد في ملك غيرهم ثم اشتروه منه. وإن باع الثمرة وفرق ثمنها فيهم أو دفعه إلى بعضهم لم يلزمهم رد ما أخذوا من ثمنها لأنهم إنما اعترفوا بالعين لا بثمنها، وإن شهد بعض الغرماء دون بعض أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره، وإن عرض عليهم المفسر الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لأنه إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له جنس من الثمر أو الزرع كالقرض أو المسلم فيلزمه أخذها عرض عليه إذا كان بصفة حقه، ولو أقر الغرماء بأن المفسر أعتق عبداً له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قوله إلا أن يشهد منهم عدلان ويكون حكمهم في قبض العبد أو اخذ ثمنه أن عرضه عليهم حكم

وهذا قال إسحاق والشافعي في القديم. وقال في الجديد له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن لأنه سبب يرجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع في بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح، وقال مالك هو غير أن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع

ولنا ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ «أما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له» رواه الإمام أحمد ورواه أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء» رواه أبو داود وابن ماجه ولان في الرجوع في قسط ما بقي تبعية للصفقة على المشتري واضراً به وليس ذلك للبائع، فإن قيل لا ضرر عليه في ذلك لأن ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر قلنا لا يدفع الضرر بالبيع فإن قيمة الشقص تنقص ولا يرغب فيها مشقفاً فيتضرر المفسر والغرماء بنقص القيمة ولأنه سبب يفسد به البيع فلم يحجز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحدة أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى، فإن قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلاً ولا حجة في المراسيل قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلاً فلا يضر إرسال من أرسله على أن حديثنا الأول يكفي في الدلالة وهو متصل رواه الإمام أحمد.

(فصل) الشرط الثالث أن تكون السلعة باقية بعينها لم يثلف بعضها فإن تلف جزء منها كبعض أطراف الجهد أو ذهب عينه أو تلف بعض الثوب أو أنهدم بعض الدار أو اشترى شجرة أشمرأ لم تظهر ثمرة فتلفت

مالو أقروا بالثمن للبائع ، وكذلك ان أقروا بعين مما في يديه انها غصب او عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وان أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه انبنى ذلك على صحة عتق المفلس ، فان قلنا لا يصح عتقه فلا أثر لاقرارهم ، وان قلنا بصحته فهو كاقرارهم بعتقه قبل فلسه ، وان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه على كل حال لأنه فصل مجتهد فيه ، فيلزم ما حكم به الحاكم ، ولا يجوز نقضه ولا تغييره (فصل) وان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأخير وكذبه الغرماء لم يقبل اقراره لان حقوقهم تعلقت بالثمة ظاهراً فلم يقبل اقراره كما لو أقر بالنخل ، وعلى الغرماء اليمين انهم لا يعلمون ان البائع رجع قبل التأخير ، ولان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف مالو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه لان اليمين ثم على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يحلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ، ولا يجوز أن يكون ثابتاً فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة ، وفي مستثنائنا الاصل ان هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غيرهم ومتصل بنخاه والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبهه سائر أعيان ماله ، والمحلفون على نفي العلم لانه يمين على نفي الدين عن الميت ، ولو أقر المفلس بعين من أعيان ماله لأجنبي أو لبعض غرمائه فأنكره الغرماء فالقون قولهم وعليهم اليمين انهم لا يعلمون ذلك ، وكذلك لو أقر بغيرهم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروهم فعليهم اليمين ايضاً ، ويكون على نفي العلم لذلك ، وإن أقر أنه أعتق عبده انبنى ذلك على

الثمة أو نحو هذا لم يكن للبائع الرجوع وكان أسوة الغرماء وبهذا قال اسحاق ، وقال مالك والاوزاعي والشافعي والمنبري له الرجوع في الباقي ويضرب مع الغرماء بحصة التالف لانها عين يملك الرجوع في جميعها فملك الرجوع في بعضها كالذي له الخيار وكالأب فيما رهب لولده

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به» بشرط أن يجده بعينه وهذا لم يجده بعينه ، ولانه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصل الخصومة وانقطاع ما بينهما من المعاملة بخلاف إذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن أو يأخذه بقسطه منه لانه فات شرط الرجوع ، وان كان المبيع عينين كعبدتين أو ثوبين تلف أحدهما أو نقص ففي جواز الرجوع في الباقي منها روايتان (إحداهما) لا يرجع نقلها عنه أبو طالب قال لا يرجع ببقية البين ويكون أسوة الغرماء لانه لم يجد المبيع بعينه فأشبهه مالو كان عيناً واحدة ، ولان بعض المبيع تالف فلم يملك الرجوع فيه كما لو قطعت يد العبد ، ونقل الحسن بن ثواب عن أحمد ان كان ثوباً واحداً قتلف بعضه فهو أسوة الغرماء ، وان كان رزماً قتلف بعضها فانه يأخذ ببقيتها اذا كان بعينه لان السالم من المبيع وجده البائع بعينه فيدخل في عموم الحديث المذكور ، ولانه مبيع وجده بعينه فكان للبائع الرجوع فيه كما لو كان جميع المبيع ، فان باع بعض المبيع أو وهبه أو وقفه فهو بمنزلة تلفه لان البائع ما أدرك ماله بعينه

(فصل) فان تغيرت صفاتها بما يزيل اسمها فطعن الحنطة أو زرعها أو خبز الدقيق أو عمل الزيت صابوناً أو قطع الثوب قميصاً ، أو نسج الغزل ثوباً أو نجح الخشبة أبواباً ، أو عمل الشريط لإبراً أو شيئاً فصل به ما زال اسمه سقط حق الرجوع ، وقال الشافعي فيه قولان (أحدهما) به أقول يأخذ عين ماله

صحة عتق المفلس فإن قلنا يصح عتقه صح اقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولان الاقرار بالعتق يحصل به العتق فكأنه أعتقه في الحال ، وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل اقراره وكان على الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهو على جميعهم فان حلفوا أخذوا ، وان نسكلوا قضي للمدعي بما ادعاه إلا أن نقول برد اليمين فتدعي المدعي فيحلف ويستحق وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الخالف نصيبه وحكم التاكل ما ذكرناه

(فصل) وان اقر المفلس انه أعتق عبده منذ شهر وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر الغرماء فإن قلنا لا يقبل اقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه وان قلنا يقبل اقراره لم يقبل في كسبه وكان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب يأخذون كسبه لان اقراره انما قبل في العتق دون غيره لصحته منه ولبنائه على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولا تنازلنا لإقراره منزلة اعتاقه في الحال فلا تثبت له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيدته كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

(فصل) فان كان المبيع أرضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فاراد البائع الرجوع في الارض نظرت فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لان الحق لهم لا يخرج عنهم فاذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لانه وجد متاعه بعينه قال أصحابنا ويستحق الرجوع قبل القلع وهو

ويعطي قيمة عمل المفلس فيها لان عين ماله موجودة ، وانما تغير اسمها فأشبهه مالهو كان المبيع حملاً فصار كبشاً أو ودياً فصار نخلاً . ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كما لو تلف والاصل الذي قاسوا عليه ممنوع وإن سلم فانه لم يتغير اسمه بخلاف مسئلتنا

(فصل) فان كان حياً فصار زرعاً أو بالعكس أو نوى قنبت شجراً أو بيضاً فصار فرخاً سقط الرجوع ، وقال القاضي لا يسقط وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي المنصوص عليهما لان الزرع نفس الحب والفرخ نفس البيضة . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يرجع كما لو أتلفه متلف فأخذ قيمته ، ولان الحب أعيان ابتدأها الله تعالى لم تكن موجودة عند البيع ، وكذلك أعيان الزرع والفرخ ، ولو استأجر أرضاً واشترى بذراً وماء فزرع وسقى واستحصد وأفلس فال مؤجر وبائع البذر والماء غرماء لا حق لهم في الرجوع لانهم لم يجدوا أعيان اموالهم ، وعلى قول من قال له الرجوع في الزرع تكون عليه غرامة الاجرة وعن الماء أو قيمة ذلك

(مسئلة) (ولم يتعلق بها حق من شفعة أو جناية أو رهن)

وهذا هو الشرط الرابع وهو أن لا يتعلق بها حق الغير فان رهنها المفلس أو وهبها لم يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها لان الرجوع لإضرار المرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا نعلم في هذا خلافاً ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله فقضي منه دين المرتهن والباقي يرد على مال المفلس يشترك فيه الغرماء ، وان بيع بعضه فباقيه لهم يباع أيضاً ولا يرجع به البائع ، وقال القاضي له الرجوع وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله وهذا مثل تلف بعض المبيع وقد ذكرناه وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب

مذهب الشافعي ، ويحتمل ان لا يستحقه حتى يوجد القلع لانه قبل القلع لم يدرك متاعه الا مشغولاً بملك المشتري فاشبه مالهو كانت مساير في باب المشتري ، فان قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الارض من الحفر وأرض نقص الارض الحاصل به لان ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل فصيله دار انسان وكبر فأراد صاحبه اخراجه فلم يمكن الا بهدم بابها فان الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما اذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فانه لا يرجع في النقص لان النقص كان في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا ارض النقص لانهم فعلوا ذلك في ارض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلسه فأما ان استمر المفلس والغرماء من القلع فاهم ذلك ولا يجبرون عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » انه اذا لم يكن ظالماً فله حق ، فان بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليكون له السكل أو قال أنا أقلم وأضمن ما نقص فان قلنا له الرجوع قبل القلع فله ذلك لان البناء والغراس حصل في ملكه لغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع إذا أخذ الارض وفيها غراس وبناء للمشتري والمير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير . وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لان بناء المفلس وغرسه في ملكه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما

بعضه بالبيع ، ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرنا ، فان كان المبيع عينين ف رهن إحداها فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فما اذا تلفت إحدى العينين ، فان فك الرهن قبل فليس المشتري أو أبرأه من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك عين ماله عند المشتري ، وإن أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين عن غيره فللبائع الرجوع أيضاً لذلك

(فصل) فان كان المبيع شقصاً مشفوعاً ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) البائع أحق به هذا قول ابن حامد للخبر ولانه اذا رجع فيه عاد الشقص اليه فيزول الضرر عن الشفيع لانه عاد كما كان قبل البيع (والثاني) أن الشفيع أحق وهو الذي ذكره شيخنا ههنا وحكاها ابو الخطاب لان حقه أسبق فكان أولى لان حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ، ولان حقه أكد لانه يستحق انتزاع الشقص من المشتري وعن نقله اليه ، وحق البائع انما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده الى البائع بدليل مالهو باعه المشتري من بائعه أو وهبه إياه أو أقاله فانه لا يسقط حق الشفيع (الوجه الثالث) أن الشفيع إن كان طالب بالشفعة فهو أحق لتأكده حقه بالمطالبة وإن لم يكن طالباً فللبائع أولى . ولاصحاب الشافعي وجهان كالأولين ، وهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جمعاً بين الحقين فان غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيداً لان حق البائع انما يثبت في العين ، فاذا صار الامر الى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) فان كان المبيع عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرض الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرض الجناية يقدم على حق المرتن فأولى أن

لأنه يرجع في الأرض ، فاما ان امتنع البائى من بذل ذلك سقط حق الرجوع ، وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل ان له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي لأنه أدرك مناعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم ينعمه ذلك الرجوع كالثوب إذا صبغته المشتري ولنا أنه لم يدرك مناعه على وجه يمكنه أخذه منفرداً عن غيره فلم يكن له أخذه كالحجر في البناء والمسامير في الباب ولأن في ذلك ضرراً على المشتري والغرماء ولا يزال الضرر بالضرر ولا نه لا يحصل بالرجوع هنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما اذا وجدها غير مشغولة بشيء ، واما الثوب إذا صبغ فلا نسلم ان له الرجوع فهو كسئلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الصبغ تفرق في الثوب فصار كالصفة فيه بخلاف البناء والغرس فانه أعيان متميزة وأصل في نفسه (والثاني) ان الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض فاذا قلنا لا يرجع فلا كلام وان قلنا يرجع فرجع واتفق الجميع على بيعها بما لها وأخذ كل واحد بقدر حقه وان امتنع أحدهما من البيع احتمل ان يحجر عليه كما لو كان المبيع ثوباً فصبغته المشتري فان الثوب يباع لها كذا ههنا ، ويحتمل ان لا يحجر لانه أمكن طالب البيع ان يبيع ملكه مفرداً بخلاف الثوب المصبوغ . فان يباع لها قسماً الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض غير ذات شجر ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فللبائع قسطه من الثمن وما زاد فهو للمفلس والغرماء ، وان قلنا لا يحجر الممتنع على البيع أولم يطلب أحدهما البيع

ينع وهذا ذكره أبو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه بخلاف الرهن ، فان قلنا لا يرجع فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو بخير ان شاء رجع فيه ناقصاً بأرض الجناية ، وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، وان أبرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع لانه وجد مناعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) فان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه يبيع أو عتق أو وقف أو غير ذلك لم يكن للبائى الرجوع لانه لم يدرك مناعه بعينه عند المفاس سواء كان المشتري يمكنه استرجاع المبيع بخيار له أو عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده أو غير ذلك لما ذكرنا ، فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه أوجه ثلاثة (أحدها) له الرجوع للخبر ، ولانه أدرك عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه ماله لم يبعه (الثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه ذكر أصحابنا الوجهين ، ولأصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) انه إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصل اليه من حيثته ، وإن عاد اليه بفسخ كالأقالة والرد بعيب أو خیار ونحوه فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وأما زال السبب المزيل لملك البائى فثبت الملك بالسبب الاول فملك استرجاع ما ثبت الملك فيه يبيعه

(مسئلة) (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة)

وهذا هو الشرط الخامس وهو أن لا يكون المبيع زاد زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم الكتابة أو القرآن ونحو ذلك فيمنع الرجوع وهذا اختيار الحرقى ، وروى الميموني عن أحمد أنها لا تمنع وهو مذهب مالك والشافعي لان مالها كبايخير انغماء بين أن يعطوه السلعة أو ثمنها الذي باعها به ، واحتجوا بالخبر وبأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المنفصلة فلم تمنع المتصلة كالرد بالعيب وفارق الطلاق فانه ليس

فاتقنا على كيفية كونها بينهما جازماً اتفاقاً عليه وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والفراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الأرض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج ولنير حاجة، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لأن الأرض له وملكه، وإن باعوا الشجر والبناء لأنسان فحكمه في ذلك حكمهم ولو بذل المفلس والغرماء أو المشتري منهم قيمة الأرض للبائع ليدفعها لهم لم يلزمه ذلك لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف ما فيها من الفرس والبناء

(فصل) إذا اشترى غراساً ففرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الفراس فله الرجوع فيه لأنه أدرك متاعه بعينه وإذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرض نقصها الحاصل بقلعه لأنه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره . وإن بذل المفلس والغرماء له قيمته ليملكوه بذلك لم يجبر على قبولها لأنه إذا اختار أخذ ماله وتقرب من ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالشترى إذا غرس في الأرض المشفوعة، وإن امتنع من القلع فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس أو أرادوا قلعه وضمان النقص فله ذلك، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوما فلم يجب عليه إبقاؤه في أرضه، وقيل ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص لأنه غرس بحق فأشبه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها إذا رجع بآثارها فيها، والفرق بينهما ظاهر فإن إبقاء الفراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله وفي التي قبلها إبقاؤه حق له فوجب له بفراسه في ملكه فإن اختار بعضهم

بفسخه، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيصل إلى حقه تاماً وهنا لا يمكنه الرجوع في الثمن ولنا أنه فسخ بسبب حادث فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة كفسخ النكاح بالاعسار أو الرضاع، ولأنها زيادة في ملك المفلس فلم يستحق البائع أخذها كالفصله وكالحاصل بفعله، ولأن البناء لم يصل إليه من البائع فلم يستحق أخذه منه كغيره من أمواله وفارق الرد بالعيب لوحدين (أحدهما) أن الفسخ فيه من المشتري فهو راض باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع بخلاف مسئلتنا (الثاني) أن الفسخ لمعنى قارن العقد وهو العيب القديم والفسخ هنا حادث فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة، وقولهم إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة لا يصح فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين ولأنه لو كان مستحقاً للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة كمشتري المبيع، ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة لكون الزيادة مستحقة له فلما لم يكن كذلك علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة، ولأنه لا يمكن فصلها فكذلك هنا بل أولى فإن الزيادة هنا يتعلق بها حق المفلس والغرماء فمنع البائع من أخذ زيادة ليست له أولى من تقويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام حقوقهم والمفلس المحتاج إلى تركة ذمته عند اشتداد حاجته، وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته ليس بزائد ولم يتعلق به حق آخر وهنا قد تعلق به حقوق الغرماء لما فيه من الزيادة لما ذكرنا من الدليل . بحقيقته أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعاً له من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس ولا الغرماء فلان تمنع الزيادة فيه مع تقويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع في الناقص فما رجع إلا بما باعه وخرج منه، فإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبعه واسترجع ما لم يخرج عنه فكان بالمتع أحق

القلع وبعضهم اتبعية قدم قول من طالب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان الإبقاء ضرر غير واجب فلم يلزم المشتع منه الإجابة اليه ، وان زاد الفراس في الارض فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحرقى ولا تمنعه على رواية الميموني

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل و غراساً من آخر ففرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منها الرجوع في عين ماله ولصاحب الارض قلع الفراس من غير ضمان نقصه بالقلع على ما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوما فلا يستحقه إلا كذلك ، وان أراد بآئمه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الحفر وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، وإن بذل صاحب الفراس قيمة الاض لصاحبها لتمامها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً ، وان بذل صاحب الارض قيمة الفراس لتمامه اذا امتنع من القاع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبهه غرس المفلس في أرض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته أو أرض نقصه فلا يكون له أن يملكه بالقيمة بخلاف التي قبها والأول أولى وهذا ينتقض بنرس الغاصب (فصل) الشرط الثالث أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً فان كان قد قبض بعض ثمنها سقط حق الرجوع وبهذا قال إسحاق والشافعي في القديم ، وقال في الجديد له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن لانه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد فجاز أن يرجع به بعضها كالفرقة قبل الدخول في النكاح .

(مسألة) (فاما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع والزيادة

للمفلس وعنه للبائع)

وحجة ذلك أن الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا تمنع الرجوع بخلاف بين أصحابنا وهو قول مالك والشافعي وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص اذا كان نقص صفة والزيادة للمفلس وهذا ظاهر كلام الحرقى لانه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى وهو قول ابن حامد والقاضي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر الزيادة للبائع وهو مذهب مالك ، ونقل حنبل عن أحمد في ولد الجارية وتاج الدابة هو للبائع لانها زيادة فكانت للبائع كالتصلة . ولنا أنها زيادة في ملك المشتري فكانت له كالولد رده ببيع ، ولانه فسخ استحق به استرجاع العين فلم يستحق الزيادة المنفصلة كفسخ البيع بالعب أو الخيار والاقالة وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ، ولان قول النبي ﷺ « الخراج بالضمان » يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه وقياسهم على الزيادة المتصلة الاصل فيه ممنوع ، ثم لو سلم ثم قال فرق ظاهر فان المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعب بخلاف المنفصلة . قال شيخنا : ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره ، وكلام أحمد في رواية حنبل يحمل على أنه باعها في حال حملها فيكونان بسبيين ، ولهذا خص هذين بالذكر دون بقية النماء

(فصل) فان نقصت مالية المبيع لذهاب صفة مع بقاء عينه كعبد هزل أو نسي صناعة أو كتابة أو كبر أو تغير عقله أو كان ثوباً خلق لم يمنع الرجوع لان فقد الصفة لا يخرجها عن كونه عين ماله لكنه يجبر بين أخذه ناقصاً بجميع حقه وبين أن يضرب مع الغرماء بكامل ثمنه لان الثمن لا يتقسط على صفة السامعة من سمن أو هزال أو علم أو نحوه فيصير كنقصه لتغير الاسعار ، ولو كان المبيع أمة

وقال مالك هو مخير ان شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين وان شاء حاص الغرماء ولم يرجع ، ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « أيما رجل باع سلعة فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس ولم يكن قبض من ثمنها شيئاً فهي له وإن كان قد قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء » رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطني ولان في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضاً للصفة على المشتري وإضراراً به وليس ذلك للبائع ، فان قيل لا ضرر عليه في ذلك لان ماله يباع ولا يبقى له فيزول عنه الضرر . قلنا لا يندفع الضرر بالبيع فان قيمته تنقص بالتشقيص ولا يرغب فيه مشقة صاغت ضرر المفلس والغرماء ينقص القيمة ولانه سبب يفسخ به البيع فلم يحز تشقيصه كالرد بالعيب والخيار ، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على التسكاح ، ولا فرق بين كون المبيع عيناً واحداً أو عينين لما ذكرنا من الحديث والمعنى . فان قيل حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن عن النبي ﷺ مرسل ولا حجة في المراسيل : قلنا قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمن عن أبي هريرة كذلك ذكره ابن عبد البر وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في سننهم متصلاً فلا يضر ارسال من أسله فان راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها وعلى أن المرسل حجة فلا يضر إرساله

(فصل) الشرط الرابع أن لا يكون تعلق بها حق الغير فان رهنها المشتري ثم أفلس أو وهبها لم

ثبناً فوطئها المشتري ولم تحمل فله الرجوع فيها لما ذكرنا فانها لم تنقص في ذات ولا صفات ، وان كانت بكرأ فقال القاضي له الرجوع لانه فقد صفة فانه لم يذهب منها جزء وانما هو كالجراح ، وقال أبو بكر ليس له الرجوع لانه اذهب منها جزءاً فأشبه ما لو فقأ عينها ، وان وجد الوطء من غير المفلس فهو كوطء المفلس فيما ذكرنا

(فصل) وان جرح العبد أو شج فعلى قول أبي بكر لا يرجع لانه ذهب جزء ينقص به الثمن أشبه ما لو فقئت عين العبد ، ولانه ذهب من العين جزء له بدل فتم الرجوع كما لو قطعت يد العبد ، ولأنه لو كان نقص صفة مجردة لم يكن مع الرجوع فيها شيء سواء كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة وههنا بخلافه ، ولان الرجوع في الحل المنصوص عليه يقطع النزاع ويزيل المعاملة بينهما فلا يثبت في محل لا يثبت به هذا المقصود ، وقال القاضي قياس المذهب أن له الرجوع لانه فقد صفة فأشبه نسيان الصنعة واستخلاق الثوب ، فاذا رجع نظرنا في الجرح فان كان مما لا أرش له كالحاصل بفعل الله تعالى أو فعل بهيمة أو جنابة المفلس أو جنابة عبده أو جنابة العبد على نفسه فليس له مع الرجوع أرش ، وان كان الجرح موجبا لارش كجنابة الاجنبي فللبائع اذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن فينظر كم نقص من قيمته فيرجع بقسط ذلك من الثمن لانه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فان قيل فهلا جعل له الارش الذي وجب على الاجنبي لانه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الارش ؟ قلنا لما أتلفه الاجنبي صار مضمونا باتلافه للمفلس فكان الارش له وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن فلا يجوز أن يضمه بالارش ، واذا لم يتلفه أجنبي لم يكن مضمونا فلا يجب بفواته شيء ، فان قيل فهلا كان هذا الارش للمشتري ككسبه لا يضمه للبائع ؟ قلنا الكسب بدل منافعه ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض وهذا بدل جزء من العين والعين جميعها

يملك البائع الرجوع كما لو باعها أو أعتقها ، ولان في الرجوع إضراراً بالمرتهن ولا يزال الضرر بالضرر ولان النبي ﷺ قال « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » وهذا لم يجده عند المفلس ولا تعلم في هذا خلافاً ، فان كان دين المرتهن دون قيمة الرهن بيع كله ففضي منه دين المرتهن والباقي يرد على سائر مال المفلس ويشترك الغرماء فيه ، وإن بيع بعضه فباقيه بينهم يباع لهم أيضاً ولا يرجع به البائع . وقال القاضي له الرجوع به وهو مذهب الشافعي لانه عين ماله لم يتعلق به حق غيره ولنا أنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له أخذه كما لو كان الدين مستقراً له وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب لان تلف بعض المبيع يمنع الرجوع فكذلك ذهاب بعضها بالبيع . ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه لما ذكرناه ، وان كان المبيع عينين ف رهن إحداهما فهل يملك البائع الرجوع في الاخرى ؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين . وإن فك الرهن قبل فليس المشتري أو أبرأ من دينه فللبائع الرجوع لانه أدرك متاعه بعينه عند المشتري وان أفلس وهو رهن فأبرأ المرتهن المشتري من دينه أو قضى الدين من غيره فللبائع الرجوع أيضاً كذلك

(فصل) وان كان عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرض الجناية برقبته ففيه وجهان (أحدهما) ليس للبائع الرجوع لان تعلق الرهن به يمنع الرجوع وأرض الجناية يقدم على حق المرتهن فأولى أن لا يرجع ذكره ابو الخطاب (والثاني) لا يمنع الرجوع فيه لانه حق لا يمنع تصرف المشتري فيه فلم يمنع الرجوع كالدين في ذمته وفارق الرهن فانه يمنع تصرف المشتري فيه ، فان قلنا لا يرجع

مضمونة بالموض فهذا ضمن ذلك للمشتري

(فصل) فان اشترى زيتاً خلطه زيت آخر أو قبحاً خلطه بما لا يمكن تمييزه منه سقط حق الرجوع ، وقال مالك يأخذ أرشه ، وقال الشافعي إن خلطه بثله أو دونه لم يسقط الرجوع وله أن يأخذ متاعه بالكيل والوزن ، وإن خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يسقط حقه ، قال الشافعي وبه أقول واحتجوا بأن عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو كانت منفردة ، ولانه ليس له أكثر من اختلاط ماله بغيره فلم يمنع الرجوع كما لو اشترى ثوباً فصبغه أو سويقاً فقلته . ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلفت ، ولان ما يأخذه عوضاً عن ماله فلم يخص به دون الغرماء كما لو تلف ماله ، وقول النبي ﷺ « من أدرك متاعه بعينه » أي من قدر عليه وتمكن من أخذه من المفلس بدليل ما لو وجده بعد زوال ملك المفلس عنه ، أو كان مسامير قد سمر بها باباً أو حجراً قد بنى عليه . أو خشباً في سقفه أو أمة استولدها وهذا اذا اخذ مثله أو قيمته انما يأخذ عوض ماله فهو كالثمن والقيمة وفارق المصبوغ فان عينه يمكنه اخذها والسويق كذلك فاختلفاً

(مسألة) (وان صيغ الثوب أو قصره لم يمنع الرجوع والزيادة للمفلس)

اذا صيغ المفلس الثوب أو لت السويق بزيت فقال اصحابنا لبائع الثوب والسويق الرجوع في اعيان اموالهما وهو مذهب الشافعي لان عين مالهما قائمة مشاهدة ما تغيّر اسمها ويكون المفلس شريكاً لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما فان حصل زيادة فهي له ، وان حصل نقص فعليه ، وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق ، فان شاء البائع اخذها ناقصين ولا شيء له ، وان شاء تركهما وله اسوة الغرماء لان هذا نقص صفة فهو كالحزال . قال شيخنا : ويحتمل ان لا يكون له الرجوع اذا

(المغني والشرح الكبير) الامور التي تمنع البائع من الرجوع في سلعته الباقية عند المفلس ٤٨١

فحكمه حكم الرهن ، وان قلنا له الرجوع فهو مخير ان شاء رجع فيه ناقصا بأرش الجناية وان شاء ضرب بثمنه مع الغرماء وان ابرأ الغريم من الجناية فللبائع الرجوع فيه لانه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلق حق غيره به

(فصل) وان أفلس بعد خروج المبيع من ملكه يبيع او هبة او وقف او عتق او غير ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس سواء كان المشتري يمكنه استرجاعه بخيار له او عيب في ثمنه أو رجوعه في هبة ولده او غير ذلك لما ذكرنا وخروج بعضه كخروج جميعه لما تقدم فان أفلس بعد رجوع ذلك الى ملكه ففيه ثلاثة اوجه (أحدها) له الرجوع للخبر ولانه وجد عين ماله خالياً عن حق غيره أشبه ما لو لم يبعه (والثاني) لا يرجع لان هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسحبه ذكر أصحابنا هذين الوجهين ولاصحاب الشافعي مثل ذلك (والثالث) إن عاد اليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية أو نحو ذلك لم يكن للبائع الرجوع لانه لم يصر اليه من جهته وان عاد اليه بفسخ كالأقالة والرد بعيب أو خيار ونحو ذلك فللبائع الرجوع لان هذا الملك استند الى السبب الاول فان فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملك وانما أزال السبب المزبول للملك البائع فثبت الملك بالسبب الاول فلذلك استرجاع ما ثبت الملك فيه يبيعه

زادت القيمة لانه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فنعت الرجوع كسمن العبد . ولأن الرجوع لا يتخلص به البائع من المفلس ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة وازالة المعاملة . بل يحصل له ضرر بالشركة فلم يكن في معنى المنصوص عليه فلا يمكن إلحاقه به

(فصل) فان قصر الثوب لم يخل من حالين (أحدهما) ان لا تزيد قيمته بذلك فللبائع الرجوع فيه لان عين ماله قائمة لم يزل اسمها ولم يتلف بعضها ولا اتصلت بغيرها فكان له الرجوع كما لو علم السبد صناعة لم تزد بها قيمته ، وسواء نقصت قيمته بذلك او لم تنقص لان ذلك النقص نقص صفة فلا يمنع الرجوع كنسيان صناعة وهزال العبد ولا شيء له مع الرجوع (الثاني) أن تزيد قيمته بذلك فليس للبائع الرجوع في قياس قول الحرقى لانه زاد زيادة لا تتميز زيادتها فلم يملك البائع الرجوع فيه كسمن العبد ولانه لم يجسد عين ماله متميزة عن غيرها فلم يملك الرجوع كبائع الصبغ اذا صبغ به ، وقال القاضي وأصحابه له الرجوع فيها لانه أدرك متاعه بعينه ولانه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ولا ذهبت عنها فملك الرجوع فيها كما لو صبغها فعلى قولهم إن كانت القصارة بعمل المفلس أو بأجرة وقاها فهما شريكان في الثوب فاذا كانت قيمة الثوب خمسة فصار يساوي ستة فللمفلس سدسه وللبياع خمسة أسداسه فان اختار البائع دفع قيمة الزيادة الى المفلس لزمه قبولها لانه يتخلص بذلك من ضرر الشركة من غير مضرة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء الى المشتري ، وان لم يختار بيع الثوب وأخذ كل واحد بقدر حقه ، ، وان كان العمل من صانع لم يستوف أجره فله حبس الثوب على استيفاء أجره فان كانت الزيادة بقدر الاجر دفعت اليه ، وإن كانت أقل فله حبس الثوب على قدر الزيادة ويضرب مع الغرماء بما يبقى ، وان كانت أكثر مثل أن تكون الزيادة درهمين والأجر درهم فله قدر أجره وما فضل للغرماء

(فصل) وإن كان المبيع شقصا مشفوعا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) البائع أحق به . هذا قول ابن حامد للخبر ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه فزال الضرر عن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة غيره (والثاني) أن الشفيع أحق ذكره أبو الخطاب لأن حقه أسبق فكان أولى، بيانه أن حق البائع ثبت بالحجر وحق الشفيع ثبت بالبيع ولأن حقه أكد لأنه يستحق انزعاق الشقص من المشتري ومن نقله إليه وحق البائع إنما يتعلق بالعين مادامت في يد المشتري ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع بدليل مالو باعه المشتري لبائعه أو وهبه إياه أو أقاله لم يسقط حق الشفيع ولأن البائع إنما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير وهذه قد تعلق بها حق الشفيع (الوجه الثالث) أن الشفيع أن كان طالب بالشفعة فهو أحق لأن حقه تأكد هنا بالمطالبة وإن كان لم يطالب بها فالبايع أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كالأولين ، ولهم وجه ثالث أن الثمن يؤخذ من الشفيع فيخص به البائع جمعا بين الحقين فإن غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع وغرض البائع في ثمنه فيحصل ذلك بما ذكرنا وليس هذا جديدا لأن حق البائع إنما ثبت في العين فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن تعلق بذمته فساوى الغرماء فيه

(فصل) وإن كان المبيع صيدا فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لأنه تملك للصيد فلم يجز مع الإحرام كشراء الصيد، وإن كان البائع حلالا في الحرم والصيد في الحل فأفلس المشتري فللبائع

(فصل) وإن اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويفا فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي له الرجوع لأنه وجد عين ماله . قالوا ولو اشترى ثوبا وصبغا فصبغ الثوب بالصبغ رجع بائع كل شيء في عين ماله وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب ، وإن حصل نقص فهو من صاحب الصبغ لأنه الذي ينفرد وينقص والثوب بحاله فإذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ خمسة فصارت قيمتهما اثنا عشر كان لصاحب الثوب خمسة أسداس الثوب ولآخر سدسه ويضرب مع الغرماء بما نقص وذلك ثلاثة دراهم وذكر القاضي في موضع مثل هذا

ولنا أنه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع فلم يملك بائعه الرجوع فيه كما لو كان حجرا فبني عليه أو مسامير سمر بها بابا ، ولو اشترى ثوبا وصبغا من واحد فصبغه به فقال أصحابنا هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب، فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ويكون للمفلس شريكا له بزيادة الصبغ ويضرب مع الغرماء بثمان الصبغ ، ويحتمل أن يرجع فيها ههنا لأنه وجد عين ماله متميزاً عن غيره فكان له الرجوع فيه للخبر ولأن المعنى في الحل الذي ثبت فيه الرجوع موجود ههنا فلك الرجوع به كما يملكه ثم، ولو اشترى دقوفاً ومسامير من بائع واحد فسمرها به رجع بائعها فيها لذلك وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولو اشترى أمة حاملا ثم أفلس وهي حامل فله الرجوع فيها - إلا أن يكون الحمل قد زاد كبره وكثرت قيمتها بسببه فيكون من قبيل الزيادة المتصلة على ما مضى ، وإن أفلس بعد وضعها فقال القاضي له الرجوع فيهما بكل حال من غير تفصيل . قال شيخنا والصحيح أننا إن قلنا إن الحمل لا حكم له فالولد زيادة منفصلة لا يتمتع الرجوع فيها على قول أبي بكر لأن الزيادة المنفصلة عنده للبائع وهذه زيادة منفصلة ، وعلى قول غيره يكون الولد للمفلس فيحتمل أن يتمتع الرجوع في الأم لثلاث بفضي

الرجوع فيه لان الحرم إنما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرم، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بآئمه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود في حقه

(فصل) واذا أفلس وفي يده عين مال دين بآئمه مؤجل وقتلنا لا يحل الدين بالمفلس فقال احمد في رواية الحسن بن ثواب يكون ماله موقوفاً الى ان يحل دينه فيختار البائمه الفسخ أو الترك، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويتخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله وللأول الخبر ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره وان كان مؤجلاً كالمرتن والجني عليه

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً فسيئته ونظر اليه وقلبه وقال قبضه غدا فأتى البائع وعليه دين فالطعام المشتري ويتبعه الغرماء في الثمن وان كان رخيصاً وكذلك قال الثوري واسحاق لان الملك ثبت للمشتري فيه بالشراء وزال ملك البائمه عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه (الشرط الخامس) أن يكون المفلس حياً ويأتي شرح ذلك في آخر الباب إن شاء الله تعالى

(فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخ للبيع لأباحتنا الى معرفة المبيع ولا القدرة على تسليمه ولا اشتباه المبيع بغيره فلو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجده على حاله لم ي تلف شيء منه صح رجوعه وإن رجع في العبد بعد إباقه أو الحمل بعد شروده أو الفرس العائر صح

الى التفريق بين الأم وولدها، ويحتمل أن يرجع في الام ويدفع قيمة الولد ليكونا جميعاً له وإن لم يفعل بيعت الام وولدها جميعاً وقسم الثمن على قدر قيمتهما فاخص الام فهو للبائع وما خص الولد للمفلس. وإن قلنا ان للولد حكماً وهو الصحيح لما ذكرناه فيما تقدم كانت الام والولد قد زادا بالوضع فحكمه حكم المبيع الزائد زيادة متصلة، وان لم يزيدا جاز الرجوع فيهما، وان زاد أحدهما دون الآخر خرج على الروايتين فيما اذا كان المبيع عينين فتلقت بعض إحداهما هل يمنع ذلك الرجوع في الاخرى؟ كذلك يخرج ههنا وجهان (أحدهما) أن له الرجوع فيما لم يزد دون ما زاد فيكون حكمه حكم الرجوع في الام دون الولد على ما فاصلناه (والثاني) ليس له الرجوع في شيء منهما لانه لم يجد المبيع إلا زائداً فأشبهه العين الواحدة، فان كان المبيع حيواناً غير الأمة فحكمه حكمها إلا في التفريق بينهما فانه جائز بخلاف الأمة

(فصل) فان اشترى حائلاً فحملت ثم أفلس وهي حامل فزادت قيمتها به فهي زيادة متصلة تمنع الرجوع على قول الحنفي ولا تمنعه على رواية الميموني، وإن أفلس بعد وضعها فهي زيادة منفصلة فتكون للمفلس على الصحيح وتمنع الرجوع في الام دون ولدها لما فيه من التفريق بينهما وهذا أحد قولي الشافعي، ويحتمل أن يرجع في الام على ما ذكرنا في التي قباهما، وعلى قول أبي بكر الزيادة للبائمه فيكون له الرجوع فيهما، وقال القاضي اذا وجدها حاملاً ابنتي على أن الحمل هل له حكم أو لا؟ فان قلنا لا حكم له جرى مجرى الزيادة المتصلة، وان قلنا له حكم فالولد في حكم المنفصل تترتب به حتى تضع ويكون الحكم فيه كما لو وجده بعد وضعه، وإن كان الحمل في غير الآدمية جاز التفريق بينهما كما تقدم

(فصل) فان كان المبيع نخلاً أو شجراً فأفلس المشتري لم يخل من أربعة احوال (أحدها) أن

وصار ذلك له فان قدر عليه أخذه وان ذهب كأن من ماله ، وان تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه لم يصح استرجاعه وكان له ان يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله وان رجع في المبيع واشتبه بغيره فقال البائع هذا هو المبيع وقال المفلس بل هذا فالقول قول المفلس لانه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع والاصل معه .

(مسئلة) قال (ومن وجب له حق بشاهد فلم يحلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ويستحقوا)

وجملة ذلك أن المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء . وان امتنع لم يجبر لانتفاء انعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه فلا يجبر على الحلف على مالا يعلم صدقه كغيره ، فان قال الغرماء نحن نحلف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم أن يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ولنا انهم يثبتون ملكاً لغيرهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يجز لهم ذلك كالمرأة تحلف لاثبات ملك لزوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال انتقل اليهم وهم يثبتون بأيمانهم ملكاً لا قسمهم

يفلس وهي بحالها لم تزد ولم تنقص ولم يتلف بعضها فله الرجوع فيها (الثاني) أن يكون فيها ثمر ظاهر أو طلع مؤبر فيشترطه المشتري فيأكله أو يتصرف فيه أو يذهب بجائحة ثم يفلس فهذا في حكم ماله اشترى عينين فتلفت إحداها ثم أفلس فهل للبائع الرجوع في الاصول ويضرب مع الغرماء بمحصنة التالف من الثمر؟ على روايتين وان تلف بعضها فهو كتلف جميعها ، وان زادت أو بدا صلاحها فمذه زيادة متصلة في إحدى العينين وقد ذكرنا بيان حكمها (الحال الثالث) أن يبيعه بخلا قد أطلعت ولم تؤبر أو شجرأ فيه ثمرة لم تظهر فهذه تدخل في مطلق البيع فان أفلس بعد تلف الثمرة أو بعضها أو الزيادة فيها أو بدو صلاح فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة لان المبيع كان بمنزلة العين الواحدة ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع بخلاف التي قبلها (الحال الرابع) باعه بخلا فأطلعت أو شجرأ فأثمر فذلك على أربعة أضرب (أحدها) أن يفلس قبل تأبيرها فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع وهو اختيار الخرقي كالسمن ويحتمل أن يرجع في التخل دون الطلع لانه يمكن فصله ويصح افراده بالبيع فهو كالؤبر بخلاف السمن وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني لا يمنع بل يرجع ويكون الطلع للبائع كما لو فسخ العيب وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني يرجع في الاصل دون الطلع وكذلك عند عدم الرد بالعيب والاخذ بالشفعة (الضرب الثاني) أفلس بعد التأبير وظهور الثمرة فلا يمنع الرجوع والطلع للمشتري إلا على قول أبي بكر والصحيح الاول لان الثمرة لا تتبع في البيع الذي يثبت بتراضيهما ففي الفسخ الحاصل بغير رضا المشتري أولى، ولو باعه أرضاً فارغة فزرعها المشتري ثم أفلس فانه يرجع في الارض دون الزرع وجهاً واحداً لان ذلك من مال المشتري (الضرب الثالث) أفلس والطلع غير مؤبر فلم يرجع حتي أبر لم يكن له الرجوع فيه كما لو أفلس بعد التأبير لان العين لا تنتقل الا باختياره وهذا لم يخترها

(مسئلة) قال (واذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس وكذلك في الدين الذي على الميت اذا وثق الورثة)

وجملته ان الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه رواية واحدة. قاله القاضي، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وبه قال مالك وعن الشافعي كاللذهيين واحتجوا بان الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كالموت .

ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولأنه لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعماء. ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كثير المفلس ولا نسلم أن الدين يحل بالموت فهو كمستلتنا وان سلمنا فالفرق بينهما ان ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس ، اذا ثبت هذا فانه إذا حُجِر على المفلس فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله ، فان لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته ، وان ادرك بعض المال قبل قسمه شاركهم فيه ويضرب فيه بجميع دينه ويضرب سائر الغرماء بقيمة ديونهم ، وان قلنا إن الدين يحل فانه يضرب مع الغرماء بدينه كغيره من ارباب الديون الحالية ، فاما ان مات وعليه ديون مؤجلة فهل يحل بالموت فيه روايتان (إحداهما) لا تحل اذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن واسحاق

إلا بعد تأييدها. فان ادعى البائع الرجوع قبل التأخير وأنكر المفلس فالقول قول المفلس مع يمينه لان الاصل بقاء ملكه ، وان قال البائع بعت بعد التأخير وقال المفلس بل قبله فالقول قول البائع لهذه العلة فان شهد الغرماء للمفلس لم تقبل شهادتهم لانهم يجرون الى أنفسهم نفعاً، وان شهدوا للبائع وهم عدول قبلت شهادتهم لعدم التهمة في حقهم (الضرب الرابع) أفلس بعد أخذ الثمن أو ذهابها بمجانحة أو غيرها فله الرجوع في الاصل والثمرة للمشتري إلا على قول أبي بكر ، وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر اذا رجع البائع فيه فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أو ان الجزاز ، وكذلك اذا رجع في الارض وفيها زرع للمفلس فليس له المطالبة بأخذه قبل أو ان الحصاد لان المشتري زرع في أرضه بحق فطلعه على الشجر بحق فلم يلزمه أخذه قبل كاله كما لو باع الاصل وعليه الثمرة أو الارض وفيها زرع وليس على صاحب الزرع أجر لانه زرع في أرضه زرعا يجب تبقيته فكانه استوفى منفعة الارض فلم يكن عليه ضمان ذلك ، اذا ثبت هذا فان اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع فلهم ذلك ، وان اختلفوا فطلب بعضهم القطع وبعضهم التبقية وكان مما لا قيمة له مقطوعاً أو قيمته يسيرة لم يقطع لان قطعه سفه وإضاعة مال، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته وإن كانت قيمته كثيرة قدم قول من طلب القطع في أحد الوجهين لان في تبقيته غرراً ولان طالب القطع ان كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم وذلك حق لهم وهذا قول القاضي وأكثر الشافعية (الثاني) ينظر ما فيه الحظ فيعمل به لان ذلك أنفع للجميع والظاهر سلامته ، ولهذا يجوز أن يزور لهولي عليه ، وفيه وجه آخر ان كان الطالب القطع الغرماء وجب اجابتهم لان حقوقهم حالة فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان ايقاتها ، وان كان الطالب المفلس دونهم وكان التأخير أحظ لم يقع لأنهم رضوا

وابي عبيد ، وقال طاوس وابو بكر بن محمد والزهرى وسعيد بن ابراهيم الدين الى اجله، وحكي ذلك عن الحسن (والرواية الاخرى) انه يحل بالموت وبه قال الشعبي والنخعي وسوار ومالك والثوري والشافعي واصحاب الرأى لانه لا يخلو إما ان يبقى في ذمة الميت او الورثة او يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخراها وتعذر مطالبتها بها . ولا ذمة الورثة لانهم لم يلزموها ولا رضى صاحب الدين بذمهم وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الاعيان وتأجيله لانه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . اما الميت فلان النبي ﷺ قال « الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه » واما اداجبه فيتأخر حقه وقد تتلف العين فيسقط حقه ، واما الورثة فانهم لا ينتفعون بالاعيان ولا يتصرفون فيها وان حصلت لهم منقمة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنقمة لهم .

ولما ذكرنا في المفلس ولان الموت ما جعل مبطلا للحقوق وانما هو ميقات للخلافة وعلامة على الورثة وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقا او مالا فلورثته » وما ذكره اثبات حكم بالمصلحة المرسلة ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ولا خلاف في فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة أداء الدين والزامة للغيرم ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونوا أهلياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق وذكر القاضي ان الحق ينتقل الى ذم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ولا ينبغي

بتأخير حقوقهم لحظ يحصل لهم والمفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ومنع الغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير فلا يلزم الغرماء اجابته إلى ذلك

(فصل) فان أقر الغرماء بالطلع أو الزرع للبائع ولم يشهدوا به أو شهدوا به وليسوا عدولا أو لم يحكم بشهادتهم حلف المفلس وثبت الطلع له ينفرد به دونهم لانهم يقرون أنه لا حق لهم فيه، فان أراد دفعه الى أحدهم أو تخصيصه بتمنه فله ذلك لاقرار باقبيهم أنه لا حق لهم فيه ، فان امتنع ذلك الغريم من قبوله أجبر عليه أنه على الابراء من قدره من دينه وهذا مذهب الشافعي لانه محكوم به للمفلس فكان له أن يقضي دينه منه كما لو أدى المسكاتب نجوم كتابته الى سيده فقال سيده هي حرام وأنكر المسكاتب، وإن أراد قسمه على الغرماء لزمهم قبوله أو الابراء لما ذكرنا ، فان قبضوا الثمرة بعينها لزمهم ردها الى البائع لانهم مقرون له بها فلزمهم دفعها اليه كما لو أقروا بعق عبد ثم اشتروه ، فان باع الثمرة وقسم ثمنها فيهم أو دفعه الى بعضهم لم يلزمه رد ما أخذ من ثمنها لانهم اعترفوا بالعين لا بتمنها وإن شهد بعضهم دون بعض ، أو أقر بعضهم دون بعض لزم الشاهد أو المقر الحكم الذي ذكرناه دون غيره ، وإن عرض عليهم المفلس الثمرة بعينها فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك لانهم انما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم إلا أن يكون فيهم من له من جنس الثمر أو الزرع كالمقرض والمسلم فيلزمه أخذ ما عرض عليه اذا كان بصفة حقه ، ولو أقر الغرماء بأن المفلس أعتق عبدا له قبل فلسه فأنكر ذلك لم يقبل قولهم إلا أن يشهد منهم عدلان باعتاقه ويكون حكمهم في قبض العبد وأخذ ثمنه إن عرضه عليهم حكم ما لو أقروا بالثمره للبائع ، وكذلك إن أقروا بعين مما في يده أنها غصب أو عارية أو نحو ذلك فالحكم كما ذكرنا سواء ، وإن أقروا بأنه أعتق عبده بعد فلسه أنبى ذلك على صحة عتق المفلس، فان

أن يلزم الانسان دين لم يلتزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك لموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وقاء ، وان قلنا ان الدين يحل بالموت فالحب الورثة القضاء من غير التركة واستخلاص التركة فلم ذلك ، وان قضوا منها فلم ذلك ، وان امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين ، وان مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجل وبعضها حال ، وقلنا المؤجل يحل بالموت تساوا في التركة فاقسموها على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل بالموت نظرنا فان وثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال لتسلا يفضي الى اسقاط دينه بالكلية

(فصل) حكى بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة ؟ روايتين (إحداهما) لا يمنعه للخبر ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله فان تصرف الورثة في التركة يبيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة (والرواية الثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قبلها فعلى هذا لو تصرف الورثة لم يصح تصرفهم لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن الغرماء لهم وان تصرف الغرماء لم يصح إلا باذن الورثة

قلنا لا يصح عقده فلا أثر لإقرارهم ، وإن قلنا بصحته فهو كإقرارهم بمقتضى قبل فلسه فان حكم الحاكم بصحته أو بفساده نفذ حكمه لانه فصل مجتهد فيه فلزم ما حكم به الحاكم ولا يجوز نقضه ولا تغييره (فصل) فان صدق المفلس البائع في الرجوع قبل التأخير وكذبه الغرماء لم يقبل إقراره لأن حقوقهم تعلقت بالثمرة ظاهراً فلم يقبل إقراره كما لو أقر بالتخييل وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون أن البائئ رجع قبل التأخير لان هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المفلس بل هي ثابتة في حقهم ابتداء بخلاف ما لو ادعى حقاً وأقام شاهداً فلم يخلف لم يكن للغرماء أن يحلفوا مع الشاهد لان اليمين على المفلس فلو حلفوا حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ولا يخلف الانسان ليثبت لغيره حقاً ولا يجوز أن يكون نائباً فيها لان الايمان لا تدخلها النيابة وفي مسئلتنا الاصل أن هذا الطلع قد تعلقت حقوقهم به لكونه في يد غريمهم ومتصل بنخله ، والبائع يدعي ما يزيل حقوقهم عنه فأشبهه سائر اعيان ماله ويحلفون على نفي العلم لانه يمين على فعل غيرهم فكانت على نفي العلم كيمين الوارث على نفي الدين على الميت ، ولو أقر المفلس بعين من اعيان ماله لاجنبي أو لبعض الغرماء فأنكر الباقيون فالحق قولهم وعليهم اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ومثله لو أقر بغيرهم آخر يستحق مشاركتهم فأنكروه حلفوا أيضاً على نفي العلم لذلك وان أقر بمقت عبده انبنى على صحة عتق المفلس فان قلنا بصحة عتقه صح إقراره وعتق لان من ملك شيئاً ملك الأقرار به وان قلنا لا يصح عتقه لم يقبل إقراره وعلى الغرماء اليمين أنهم لا يعلمون ذلك ، وكل موضع قلنا على الغرماء اليمين فهي على جميعهم فان حلفوا والا قضي للمدعي الا أن نقول برد اليمين على المدعي فيحلف ويستحق ، وان حلف بعضهم دون بعض أخذ الحالف نصيبه وحكم الناكِل على ما ذكرنا (فصل) وان أقر المفلس أنه أعتق عبده منذ سنة وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا وأنكر

«مسألة» قال (وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم جائز)

يعني قبل أن يحجر عليه الحاكم فتبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه لم يجبههم حتى تثبت ديونهم بأعرافه أو بيئته ، فإذا ثبتت نظري ماله فإن كان واقفاً بدينه لم يحجر عليه وأمره بقضاء دينه فإن أبى حبسه فإن لم يقضه وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه وإن كان ماله دون دينه وديونه مؤجلة لم يحجر عليه لأنه لا تستحق مطالبته بها فلا يحجر عليه من أجلها ، وإن كان بعضها مؤجلاً وبعضها حالاً وماله يفي بالحال لم يحجر عليه أيضاً كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعي أن ظهرت أمارات الفلاس لكون ماله بازاء دينه ولا نفقة له إلا من ماله فقيه وجهان (أحدهما) يحجر عليه لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا أن ماله واف بما يلزمه أدائه فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات الفلاس ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر ، وأما إن كانت ديونه حالة يعجز ماله عن أدائها فسأل غرماؤه الحجر عليه لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه لأنه لا ولاية له في ذلك وإنما يفعله لحق الغرماء فاعتبر رضاهم به . وإن اختلفوا فطلب بعضهم دون بعض أحجب من طلب لأنه حق له وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت لأنه فصل يجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله لأنه لا ولاية عليه إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه فإن امتنع لم يبعه وكذلك إن امتنع المؤسر من وفاء الدين لا يبيع ماله وإنما يحبسه ليبيع بنفسه إلا أن يكون عليه أحد التقدين الغرماء فإن قلنا لا يقبل إقراره حلفوا واستحقوا العبد وكسبه ، فإن قلنا يقبل إقراره لم يقبل في كسبه كان للغرماء أن يحلفوا أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ويأخذون كسبه لأن إقراره إنما قبل في العتق دون غيره لصحته منه لكونه يبنى على التغليب والسراية فلا يقبل في المال لعدم ذلك فيه ولأننا نزلنا إقراره منزلة اعتاقه في الحال فلم تثبت به الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيده كما لو أقر بعتقه ثم أقر له بعين في يده

«مسألة» (وإن غرس الأرض أو بنى فيها فله الرجوع ودفن قيمة الغراس والبناء فيملكه إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص)

إذا كان المبيع أرضاً فبناها المشتري أو غرسها ثم أفلس فأراد البائع الرجوع في الأرض نظرت فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء فلهم ذلك لأن الحق لهم لا يخرج عنهم فإذا قلعوه فللبائع الرجوع في أرضه لأنه وجد عين ماله ، فإن أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك وهو مذهب الشافعي لأنه أدرك متاعه بعينه وفيه مال المشتري على وجه البيع فلم يمنعه الرجوع كما لو صبغ الثوب ويحتمل أن لا يستحقه إلا بعد القلع لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري فأشبهه ما لو كان مسامير في باب المشتري ، فإن قلنا له الرجوع قبل القلع فقلعوه لزمهم تسوية الأرض وأرض نقص الأرض الحاصل به لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه كما لو دخل ففصل دار إنسان فكبر فأراد صاحبه إخراجه فلم يمكن إلا بهدم بابها فإن الباب يهدم ليخرج ويضمن صاحبه ما نقص بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها فإنه لا يرجع في النقص فإن النقص كان

وماله من النقد الآخر فيدفع الدراهم عن الدنانير والدنانير عن الدراهم لانه رشيد لا ولاية عليه فلم يجوز للجاحك بيع ماله بغير أذنه كالذي لادين عليه وخالفه صاحباه في ذلك ، ولنا ما روى كعب بن مالك ان النبي ﷺ حجر على معاذ وباع ماله في دينه رواه الحلال باسناده . وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه خطب الناس وقال : ألا ان أسيفع جهينه قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج فادان معرضاً فأصبح وقد رين به فمن كان له عليه مال فليحضر غداً فانا بائعوماله وقاسمونه بين غرمانه ولانه محجور عليه محتاج الى قضاء دينه فجاز بيع ماله بغير رضاه كالصغير والسفيه ولانه نوع مال فجاز بيعه في قضاء دينه كالأمان وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير . اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة الكتاب فقول : ما فعله المفلس قبل الحجر الحاكم عليه من بيع أو هبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم ولانه رشيد غير محجور عليه فنفذ تصرفه كغيره ولان سبب المنع الحجر فلا يتقدم سببه ولانه من اهل التصرف ولم يحجر عليه فأشبه المنيء وان اكرى جملأ بعينه أو داراً لم تنسخ اجارته بالمفلس وكان المكثري أحق به حتى تنقضي مدته .

(فصل) ومتى حجر عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله فان تصرف ببيع أو هبة أو وقف أو أصدق امرأة مالا له أو نحو ذلك لم يصح وبهذا قال مالك والشافعي في قول ، وقال في آخر يقف تصرفه فان كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ والابطال ، ولنا انه محجور عليه بحكم حاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه . ولان حقوق الغرماء تعلقت باعيان ماله فلم يصح تصرفه فيها كالرهونة . فاما ان تصرف في ذمته فاشترى أو اقترض أو تكفل صح تصرفه لانه اهل للتصرف وانما وجد في حقه الحجر والحجر انما يتعلق بماله لا بذمته ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء لانهم رضوا بذلك

في ملك المفلس وههنا حدث بعد رجوعه في العين فلهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يلزمهم تسوية الحفر ولا أروى القيص لانهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها فلم يضمنوا النقص كما لو قلعه المفلس قبل فلهذا فان امتنع المفلس والغرماء من القلع لم يجبروا عليه لانه غرس بحق ، ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لعرق ظالم حق » أنه ان لم يكن ظالماً فله حق فان بذل البائع قيمة الفراس والبناء ليملكه أو قال أنا أقلع وأضمن النقص فله ذلك ان قلنا له الرجوع قبل القلع لان البناء والفراس حصل في ملكه بغيره بحق فكان له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه كالشفيع اذا أخذ الأرض وفيها غراس أو بناء للمشتري والمعيير اذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير ، وان قلنا ليس له الرجوع قبل القلع لم يكن له ذلك لانه بناء المفلس وغرسه فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ولا على قلعه كما لو لم يرجع في الأرض

(مسألة) (فان أبوا القلع وأبى دفع القيمة سقط الرجوع)

وهذا قول ابن حامد وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقال القاضي يحتمل أن له الرجوع وهو قول للشافعي لانه أدرك متاعه بعينه متصلاً بملك المشتري على وجه التبع فلم يمنع الرجوع كالثوب اذا صبغه المشتري

إذ علموا أنه مفلس وطامو له ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك فإن هذا في مظنة الشهرة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وإن أقر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه نص عليه أحمد وهو قول مالك ومحمد بن الحسن والثوري والشافعي في قول ، وقال في الآخر يشاركون واختاره ابن المنذر لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر فيشارك صاحبه الغرماء كما لو ثبت بينة . ولنا أنه محجور عليه فلم يصح إقراره فيما حجب عليه فيه كالمسفيه أو كالراهن يقر على الرهن ولأنه إقرار يبطل بثبوته حق غير المقر فلم يقبل أو إقرار على الغرماء فلم يقبل كإقرار الراهن ، ولأنه منهم في إقراره فهو كالإقرار على غيره ، وفارق البينة فإنه لا تهمة في حقها ، ولو كان المفلس صانعا كالمقصر والحائث في يديه متاع فأقر به لأربابه لم يقبل إقراره ، والقول فيها كالتالي قبلها وتباع العين التي في يديه وتقسم بين الغرماء وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها لأنها صرفت في دينه بسبب من جهته فكانت قيمتها عليه كما لو أذن في ذلك ، وإن توجهت على المفلس يمين فشكل عنها ففضي عليه فحكمه حكم إقراره يلزم في حقه ولا يحاص الغرماء

(فصل) وإن أعتق المفلس بعض رقيقه فهل يصح؟ علي روايتين (أحدهما) يصح وينفذ وهو قول أبي يوسف وإسحاق لأنه عتق من مالك رشيد فنفذ كما قبل الحجر ويقارق سائر التصرفات لأن للعق تغليا وسراية ولهذا يسري إلى ملك الغير ويسري واقفه بخلاف غيره (والرواية الأخرى) لا ينفذ عتقه وبهذا قال مالك وابن أبي ليلى والثوري والشافعي واختاره أبو الخطاب في رهوس المسائل لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء فلم ينفذ عتقه كالريض الذي يستغرق دينه ماله ولأن المفلس محجور عليه فلم ينفذ عتقه كالمسفيه وفارق المطلق وأما سرايته إلى ملك الغير فمن شرطه أن يكون موسرا يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه فلا يتضرر ولو كان معسرا لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك صيانة لحق الغير وحفظا له عن الضياع كذا ههنا وهذا أصح إن شاء الله تعالى

ولنا أنه لم يدرك متاعه على وجه يمكنه أخذه منفردا عن غيره فلم يكن له أخذه كالخبر في البناء والمسامر في الباب ولأن في ذلك ضررا على المشتري والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع والخصومة بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء ، وأما الثوب إذا صبغه فلا نسلم أن له الرجوع ، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن الصبغ يفرق في الثوب فصار كالصفة بخلاف البناء والغراس فإنهما اعيان متميزة وأصل في نفسه (الثاني) أن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض والبناء فإذا قلنا لا يرجع فلا كلام ، وإن قلنا يرجع فرجع وانفق الجميع على بيعهما فيما كذا ههنا ، ويحتمل أن لا يجبر لأنه يمكن طالب البيع أن يبيع ملكه منفردا بخلاف الثوب المصوغ فإن بيعا لما قسم الثمن على قدر القيمتين فتقوم الأرض لا شجر فيها ولا بناء ثم تقوم وهما فيها فما كان قيمة الأرض بغير غراس ولا بناء فلبائع قسطه من الثمن والزائد للمفلس والغرماء ، وإن قلنا لا يجبر على البيع أو لم يطلب أحدهما البيع فإن اتفاقا على كيفية كونهما بينهما جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا كانت الأرض للبائع والغراس والبناء للمفلس والغرماء ولهم دخول الأرض لسقي الشجر وأخذ الثمرة وليس لهم دخولها للتفرج أو لغير حاجة ، وللبائع دخولها للزرع ولما شاء لأن الأرض ملكه ، فإن باعوا الشجر والبناء لأسان فحكمه في ذلك حكمهم ، فإن بذل المفلس والغرماء أو المشتري

(فصل) ويستحب اظهار الحجر عليه لتجنب معاملته كيلا يستغفر الناس بضياع اموالهم عليه والاشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثالث

(فصل) وان ثبت عليه حق بينة شارك صاحبه الغرماء لانه دين ثابت قبل الحجر عليه فاشبهه ماله قامت البينة به قبل الحجر ولو جنى المفلس بعد الحجر جنابة أو جنى مالاً شارك الجاني عليه الغرماء لان حق الجاني عليه ثبت بغير اختياره ولو كانت الجنابة موجبة للقصاص فعفا صاحبها عنها إلى مال أو صالحه المفلس على مال شارك الغرماء لان سببه ثبت بغير اختيار صاحبه فاشبهه ماله أو جنى المال، فان قيل ألا قدمتم حقه على الغرماء كما قدمتم حق من حتى عليه بعض عبيد المفلس ؟ قلنا لان الحق في العبد الجاني تعلق بينه فقدم لذلك وحق هذا تعلق بالذمة كغيره من الديون فاستويا

(فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء بقسطه وهذا قال الشافعي وحكي ذلك عن مالك وحكي عنه لا يحاصهم لانه تقضى لحكم الحاكم ، ولنا انه غريم لو كان حاضراً قاسمهم فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كغريم الميت يظهر بعد قسم ماله . وليس قسم الحاكم ماله حكماً إنما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبهه ماله قسم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريم آخر أو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر أو قسم الميراث بين ورثة ثم ظهر وارث سواء أو وصية ثم ظهر موصى له آخر .

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة قلندمت بعد قبض المفلس الاجرة انقضت الاجارة فيها بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ، ثم ان وجد عين ماله أخذ بقدر ذلك وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وان كان ذلك بعد قسم ماله رجع على الغرماء بمحضته لانه سبب وجوبه قبل الحجر ولذلك يشاركون اذ اوجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض منها ثم أفلس فوجد بها المشتري عيباً فردها به أو ردها بخيار أو اختلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لان البيع

للبائع قيمة الأرض ليدعها لهم لم يلزمه ذلك لان الأرض أصل فلا يجبر على بيعها بخلاف الفراس والبناء (فصل) فان اشترى غراساً فغرسه في أرضه ثم أفلس ولم يزد الفراس فله الرجوع فيه لانه ادرك مناعه بعينه ، فاذا أخذه فعليه تسوية الأرض وأرض تقصها الحاصل بقله لانه نقص حصل لتخليص ملكه من ملك غيره ، وان بذل المفلس والغرماء قيمته له لئلا يكو أم يجبر على قبولها لانه اذا اختار أخذ ماله وتفرغ ملكهم وإزالة ضرره عنهم لم يكن لهم منعه كالشترى اذا غرس في الأرض المشفوعة وإن امتنع من القلم فبذلوا له القيمة لئلا يملك المفلس أو أرادوا قلمه وضمان النقص فلهم ذلك ، وكذلك لو أرادوا قلمه من غير ضمان النقص لان المفلس إنما ابتاعه مقلوعاً فلم يجب عليه ابقاؤه في أرضه ، وقيل ليس لهم قلمه من غير ضمان النقص لانه غرس بحق فأشبهه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها اذا رجع بائعها فيها ، والفرق بينهما ظاهر فان ابقاء الفراس في هذه الصورة حق عليه فلم يجب عليه بفعله ، وفي التي قبها ابقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه ، فان اختار بعضهم القلع وبعضهم التبعة قدم قول من طالب القلع سواء كان المفلس أو الغرماء أو بعض الغرماء لان ابقاء ضرر غير واجب فلم يلزم الممتنع من الاجابة اليه ، وإن زاد الفراس في الأرض فهي زيادة متصلة بمنع الرجوع إلا على رواية الميموني

لما افسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع وان كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء .

﴿مسئلة﴾ قال (وينفق دلي المفلس وعلى من تلزمه مؤنته بالمعروف من ماله إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجلة ذلك انه اذا حجب على المفلس وكان ذا كسب بقي نفقته ونفقة من تلزمه نفقته فنفقته في كسبه فانه لا حاجة الى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يحز أخذ ماله كالزيادة على النفقة ، وان كان كسبه دون نفقته كملناها من ماله وان لم يكن ذا كسب انفق عليه من ماله مدة الحجر وان طالت لان ملكه باق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من يجب نفقته عليه ويكون ديناً عليه وهي الزوجة فاذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ولان الحي أكد حرمة من الميث لانه مضمون بالاتلاف وتقديم تجهيز الميث ومؤنة دفنه على دينه متفق عليه فنفقته أولى، وتقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من اقاربه مثل الوالدين والمولودين وغيرهم من يجب نفقتهم لانهم يحرون بحري نفسه لان ذوي رحمه منهم يعتقدون اذا ملكهم كما يعتقد إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته وكذلك زوجته تقدم نفقتها لان نفقتها آكد من نفقة الاقارب لانها يجب من طريق المأوضة وفيها معنى الاحياء كما في الاقارب ، ومن أوجب الاتفاق على المفلس وزوجته وأولاده انصار من

(فصل) وان اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر فغرسه فيها ثم أفلس ولم يزد الشجر فلكل واحد منهما الرجوع في غيب ماله ، ولصاحب الارض قلم الغراس من غير ضمان النقص بالقلع كما ذكرنا لان البائع انما باعه مقلوعاً فلا يستحقه إلا كذلك، وإن أراد بائعه قلعه من الارض فقلعه فعليه تسوية الارض وضمان نقصها الحاصل به لما تقدم ، فان بذل صاحب الغراس قيمة الارض لصاحبها ليملكها لم يجبر على ذلك لان الارض أصل فلا يجبر على بيعها تبعاً، وإن بذل صاحب الارض قيمة الغراس لصاحبها ليملكه اذا امتنع من القاع فله ذلك لان غرسه حصل في ملك غيره بحق فأشبهه غرس المفلس في ارض البائع ، ويمتنع أن لا يملك ذلك لانه لا يجبر على ابقائه اذا امتنع من دفع قيمته او أرض نفسه فلا يكون له أن يملكه بالقيمة بخلاف التي قبلها والاول أولى وهذا منتقض بغرس الغاصب

(فصل) فان كان المبيع صيداً فأفلس المشتري والبائع محرم لم يرجع فيه لانه تملك للصيد فلم يحز في الاحرام كشرائه ، وان كان البائع حلالاً في الحرم والصيد في الحلال فأفلس المشتري فللبائع الرجوع فيه لان الحرم انما يحرم الصيد الذي فيه وهذا ليس من صيده فلا يحرمه ، ولو أفلس المحرم وفي ملكه صيد بائعه حلال فله أخذه لان المانع غير موجود فيه

(فصل) اذا أفلس وفي يده عين دين بائعاً مؤجلاً وقائلاً لا يحل الدين بالمفلس فقال أحمد في رواية الحسن بن ثواب يكون موقوفاً الى أن يحل دينه فيختار البائع الفسخ أو الترك وهو قول بعض اصحاب الشافعي ، والمنصوص عن الشافعي أنه يباع في الديون الحالة ويخرج لنا مثل ذلك لانها حقوق حالة فقدمت على الدين المؤجل كدين من لم يجد عين ماله والقول الاول أولى للخبر، ولان حق هذا البائع تعلق بالعين فقدم على غيره ، وان كان مؤجلاً كالرهن والجني عليه

ماله أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم أحداً خالفهم وتجب كسوتهم أيضاً لأن ذلك مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه والواجب من النفقة والكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسب مثله أن كان من جنس الطعام أو متوسطه وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه مثله وكسوة امرأته ونفقته مثل ما يقترض على مثله ، وأقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على رأسه إما عمامة أو قلنسوة أو غيرها مما جرت به عادته ولرجله خذاء أن كان يعتاده وإن احتاج إلى جبة أو فروة لدفع البرد دفع إليه ذلك وإن كانت له ثياب لا يلبس مثله منها بيعت واشترى له كسوة مثلاً ورد الفضل على الغرماء فإن كانت إذا بيعت واشترى له كسوة لا يفضل منها شيء تركت فإنه لا فائدة في بيعها

(فصل) وإن مات المفلس كف من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره وكذلك يجب كف من يمونه لأنهم بمنزلة ولا يلزم تكفين الزوجة لأن النفقة تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بالموت فسقطت النفقة . ويفارق الأقارب لأن قرابتهم باقية ، وإن مات من عيده أحد وجب تكفينه وتجهيزه لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ولذلك تجب نفقة الصغير والميسم قبل التسليم . ويكفن في ثلاثة أثواب كما كان يلبس في حياته ثلاثة ، ويحتمل أن يكفن في ثوب واحد يستره لأن ذلك يكفيه فلا حاجة إلى الزيادة وفارق حالة الحياة لأنه لا بد له من تغطية رأسه وكشف ذلك يؤذيه بخلاف الميت ، ويمتد الاتفاق على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا .

(فصل) قال أحمد في رجل ابتاع طعاماً نسيته ونظر إليه وقلبه وقال أقضه غداً فمات البائع وعليه دين فالطعام للمشتري ويتبعه الغرماء بالثمن وإن كان رخيصاً ، وكذلك قال الثوري وإسحاق لأن الملك ثبت للمشتري فيه بالثمن وزال ملك البائع عنه فلم يشاركه غرماء البائع فيه كما لو قبضه . (فصل) ورجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة الميسم ولا القدرة على تسليمه ، ولو رجع في المبيع الغائب بعد مضي مدة يتغير فيها ثم وجدته على حاله لم ي تلف شيء منه صح رجوعه ، وإن رجع في العبد بعد إباحة أو الجمل بعد شروده صح وصار ذلك له فإن قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حال استرجاعه بطل الاسترجاع وله أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله ، وإن رجع في المبيع واشتبه بغيره واختلفوا في عينه فالقول قول المفلس لأنه منكر لاستحقاق مادعاه البائع والأصل معه

(فصل) قال رحمه الله تعالى (الحكم الثالث يعم الحاكم ماله وقسم ثمنه وينبغي أن يحضره ويحضر الغرماء ويبيع كل شيء في سوقه)

إذا حضر على المفلس باع الحاكم ماله لما ذكرنا من حديث معاذ ، ولأنه مقصود الحجر ويستحب إحضار المفلس لمعان أربعة (أحدها) إحصاء ثمنه وضبطه (الثاني) أنه أعرف بثمن متاعه وجيده ورديته فإذا حضر تكلم عليه وعرف الذين من غيره (الثالث) أن الرغبة تكثر فيه فإن شراءه من صاحبه أحب إلى المشتري (الرابع) أنه أطيب قلبه ، ويستحب إحضار الغرماء لأمور أربعة (أحدها) أن يباع لهم (الثاني) أنهم ربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم وللمفلس (الثالث)

« مسألة » قال (ولا تباع داره التي لا غنى له عن سكنها)

وجهته ان المفلس إذا حجر عليه باع الحاكم ماله ويستحب ان يحضر المفلس البيع لمعان اربعة (احدها) ليحصى ثمنه ويضبطه (الثاني) انه اعرف بشئ من ماله وجيده ورديته فاذا حضر تكلم عليه وعرف الغبن من غيره (الثالث) ان تكثر الرغبة فيه فان شراءه من صاحبه احب إلى المشتري (الرابع) ان ذلك اطيب لنفسه واسكن لقلبه ، ويستحب إحضار الغرماء أيضاً لامور اربعة (احدها) انه يباع لهم (الثاني) انهم ربما رغبوا في شراء شيء منه فزادوا في ثمنه فيكون أصلح لهم والمفلس (الثالث) أنه أطيب لقلوبهم وابعد من التهمة (الرابع) انه ربما كان فيهم من يجد عين ماله فياخذها فان لم يفعل وباعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك موكل اليه ومفوض الى اجتهاده وربما اداء اجتهاده الى خلاف ذلك وبانت له المصاحبة في المبادرة الى البيع قبل احضارهم ، وبأمرهم الحاكم ان يقيموا مناديا ينادي لهم على المتاع فان تراضوا برجل ثقة امضاه الحاكم وان اتفقوا على غير ثقة رده ، فان قيل فلم يردده واصحاب الحق قد اتفقوا عليه فأشبهه ما لو اتفق الراهن والمرتهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا لان للحاكم ههنا نظراً واجتهاداً فانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به فلهذا نظر فيه بخلاف الرهن فانه لا ينظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منها . فان كانا ثقتين قدم المتطوع منها لانه أوفر . فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر وان كانا بجعل قدم اعرفهما واوثقهما فان تساويا قدم من يرى منها ، فان وجد متطوعاً بالتداء والا

انه اطيب لقلوبهم وابعد عن التهمة (الرابع) لعل فيهم من يجد عين ماله فياخذها ، فان باعه من غير حضورهم كلهم جاز لان ذلك مفوض اليه وموكل الى اجتهاده وربما اداء اجتهاده الى خلاف ذلك والمبادرة الى البيع قبل احضارهم وبأمرهم ان يقيموا مناديا ينادي على المتاع ، فان تراضوا بثقة امضاه الحاكم وإن لم يكن ثقة رده ، فان قيل لم يردده وقد اتفق عليه اصحاب الحق فأشبهه ما لو اتفق المرتهن والراهن على ان يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا الحاكم ههنا له نظر واجتهاد لانه قد يظهر غريم آخر فيتعلق حقه به بخلاف الرهن فانه لا ينظر للحاكم فيه ، فان اختار المفلس رجلاً واختار الغرماء آخر اقر الحاكم الثقة منها فان كانا ثقتين قدم المتطوع منها لانه أوفر ، فان كانا متطوعين ضم احدهما الى الآخر ، وإن كانا بجعل قدم اوثقهما وأعرفهما ، فان تساويا قدم من يرى منها فان وجد متطوعاً بالتداء وإلا دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح ، وكذلك الحكم في آخر من يحفظ المتاع والثمن وأجر الحاملين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه لانه أحوط وأكثر اطلاعاً ومعرفة بقيمته ، فان باع في غير سوقه ضمن المثل جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد الى أنه أصح ، ولهذا لو قال بع ثوبي بثلثين كذا في سوق عينه فباعه بذلك في غيره جاز ويبيع نقد البلد لانه أصلح ، فان كان في البلد نقود باع بئاليها فان تساوت باع بجنس الدين ، فان زاد في السلعة أحد في مدة الحيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بثلثين فلم يبعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد ، وإن زاد بعد لزوم العقد استحب للأمين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه

دفعت الاجرة من مال المفلس لان البيع حق عليه لكونه طريق وفاء دينه . وقيل يدفع من بيت المال لانه من المصالح وكذلك الحكم في اجر من يحفظ المتاع والتمن وأجر الجمالين ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه البر في البازين والكتب في سوقها ونحو ذلك لانه احوط واكثر لطلابه ومعرفة قيمته فان باع في غير سوقه بضمن مثله جاز لان الغرض تحصيل الثمن وربما أدى الاجتهاد إلى ان ذلك اصلح ولذلك لو قال بع ثوبي في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في سوق آخر جاز ، ويبيع بنقد البلد لانه اوفر فان كان في البلد نقود باع بغالبها فان تساوت باع بجنس الدين ، وان زاد في السلعة زائد في مدة الخيار لزم الامين الفسخ لانه أمكنه بيعه بضمن فلم يحجز بيعه بدونه كما لو زيد فيه قبل العقد . وان زاد بعد لزوم العقد استحب للامين سؤال المشتري الاقالة واستحب للمشتري الاجابة الى ذلك لتعلقه بمصلحة المفلس وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني فيدفع إلى المجني عليه أقل الامرين من ثمنه وأورش جنائته وما فضل منه رده الى الغرماء ، ثم يبيع الرهن فيدفع الى المرتن قدر دينه وما فضل من ثمنه رده الى الغرماء وان بقيت من دينه بقية ضرب بها مع الغرماء ، ثم يبيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب لان بقاءه يتلفه يمين ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع السلم والاثاث لانه يخاف عليه وتاله الايدي ثم العقار آخرأ لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلابه ومتى باع شيئاً من ماله وكان الدين لواحد وحده دفعه اليه لانه لا حاجة الى تأخيرها وان كان له غرماء فأمكن قسمته عليهم قسم ولم يؤخر وان لم يمكن قسمته أودع عند ثقة الى ان يجتمع ويمكن قسمته فيقسم وان احتاج في حفظه الى غرامة دفع ذلك الى من يحفظه ، اذا ثبت هذا عدنا الى مسألة

(مسئلة) (ويترك له من ماله ما تدعو اليه حاجته من مسكن وخادم)

لاتباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكنها ، وبه قال أبو حنيفة وإسحاق والخادم في معنى الدار اذا كان محتاجاً اليه ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها . اختاره ابن المنذر لان النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال لغرمائه «خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ، ولانه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كمائر ماله . ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كشيائه وقوته والحديث قضية في عين يحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم تصدق عليه بدار وهو يحتاج إلى سكنها ولا خادم وهو محتاج الى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بشباب المفلس وقوته فنقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا ، فان كان له داران يستغني بأحدهما يبيع الاخرى لان به غنى عن سكنها ، وإن كان مسكنه واسعاً يفضل عن سكني مثله يبيع واشتري له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء ، وكذلك الثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها

(فصل) فان كان المسكن والخادم الذي لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ووجدها أصحابها فلم يأخذها بالشرائط المذكورة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به » ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سبباً من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنع منه تعلق حاجة المشتري

الكتاب فنقول لا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال شريح ومالك والشافعي تباع ويكترى له بدلها واختاره ابن المنذر لأن النبي ﷺ قال في الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه فقال لغرمائه « خذوا ما وجدتم » وهذا مما وجدوه ولأنه عين مال المفلس فوجب صرفه في دينه كسائر ماله

ولنا أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه فلم يصرف في دينه كسائر ماله وقوته والحديث قضية في عين ويحتمل أنه لم يكن له عقار ولا خادم ، ويحتمل أن النبي ﷺ قال « خذوا ما وجدتم » مما تصدق به عليه فإن المذكور قبل ذلك كذلك روي أن النبي ﷺ قال « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ما وجدتم » أي مما تصدق به عليه والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار وهو محتاج إلى سكنائها ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس وقوته فتقيس عليه محل النزاع وقياسهم منتقض بذلك أيضاً وبأجر المسكن وسائر ماله يستغنى عنه بخلاف مسئلتنا

(فضل) وإن كان له داران يستغني بسكنى أحدهما يبيع الأخرى لأن به غنى عن سكنائها وإن كان مسكنه واسعاً لا يسكن مثله في مثله يبيع واشترى له مسكن مثله ورد الفضل على الغرماء كالثياب التي له إذا كانت رفيعة لا يلبس مثله مثلها ، ولو كان المسكن والخادم اللذين لا يستغني عنها عين مال بعض الغرماء أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأمانها وجدها أصحابها فلم يأخذها بالشرائط التي ذكرناها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أدرك منعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به »

كما قبل القبض وكالعيب والخيار ، ولأن منعهم من أخذ أموالهم يفتح باب الحيل بأن يشتري من لأمال له في ذمته ثياباً يلبسها وداراً يسكنها ، أو خادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغنى هو بها ، فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له منه شيء ، لأنه أعيان أموال الناس فساكنوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم قسباً

(مسئلة) (وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمته بين غرمائه)

وجملة ذلك أنه إذا حاجر على المفلس ، فإن كان ذا كسب يفي بنفقته ونفقة من تلزمه مؤنته فهي في كسبه فانه لا حاجة إلى اخراج ماله مع غناه بكسبه فلم يحجز كالزيادة على النفقة ، وإن كان كسبه دون نفقته كملت من ماله ، وإن لم يكن ذا كسب أتفق عليه من ماله مدة الحجز وإن طال لأن ملكه باق ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ومعلوم أن فيمن يعوله من يجب عليه نفقته ويكون ديناً عليه وهي زوجته ، فإذا قدم نفقة نفسه على نفقة الزوجة فكذلك على حق الغرماء ، ولأن تجهيز الميت يقدم على دينه بالاتفاق والحي آكد حرمة من الميت لأنه مضمون بالانفاق ، ويقدم أيضاً نفقة من تلزمه نفقته من أقاربه مثل الولد والولد وغيرهم ممن يجب نفقته لأنهم يجرون مجرى نفسه في كون ذوي رحمه منهم يعتقون إذا ملكهم كما يعتق إذا ملك نفسه فكانت نفقتهم كنفقته ، وكذلك نفقة زوجته لأن نفقتها آكد من نفقة الأقارب ، ومن أوجب الاتفاق على المفلس وزوجته وأولاده أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، ويجب كسوتهم لأن ذلك مما لا بد منه ، والواجب من النفقة « الكسوة أدنى ما ينفق على مثله بالمعروف وأدنى ما يكتسى مثله ، وكذلك كسوته من جنس ما يكتسبه »

ولان حقه تعلق بالعين فكان أقوى سببا من المفلس ولان الاعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري كما قبل القبض وكالعيب والخيار ولان منعهم من اخذ اعيان اموالهم يفتح باب الحيل بأن يجيء من لامل له فيشتري في ذمته ثيابا يلبسها وداراً يسكنها وخادماً يخدمه وفرساً يركبها وطعاماً له ولعائلته ويمتنع على اربابها اخذها لتعلق حاجته بها فتضيع أموالهم ويستغني هو بها فعلى هذا يؤخذ ذلك ولا يترك له شيء منه لانه أغنيان اموال الناس فكانوا أحق بها منه كما لو كانت في أيديهم أو أخذها منهم غصباً .

(فصل) ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمويه ويمون من تلزمه مؤنته او كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه أو يتوكل لانسان أو يكتسب من المباحات ما يكفيه لم يترك له من ماله شيء وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال الامام احمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود ويترك له قوت يتقوت به وإن كان له عيال ترك له قوام . قال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويباع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي ان يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره .

(فصل) واذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : العروض من ماله والدرام

مثله ، وكسوة امرأته ونفقتها مثل ما يفرض على مثله ، واقل ما يكفيه من اللباس قميص وسراويل وشيء يلبسه على راسه قلنسوة او عمامة او غيرها مما جرت عادته ولرجله حذاء ان كان يعتاده ، وجبة او فروة في الشتاء لدفع البرد ، فان كانت له ثياب لا يلبس مثله مثلها بيعت واشتري له كسوة مثله ورد الفضل على الغرماء ، فان كانت اذا بيعت واشتري له كسوة مثله لا يفضل منها شيء تركت لعدم الفائدة في بيعها

(فصل) وان مات المفلس كفن من ماله لان نفقته كانت واجبة من ماله في حال حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره ، وكذلك يجب كفن من يمويه لانهم بمنزلة ولا يلزم كفن زوجته لان نفقتها تجب في مقابلة الاستمتاع وقد فات بموتها فسقطت بخلاف الاقارب فان قرابتهم باقية ، ويلزمه تكفين من مات من عبيده وتجهيزه لان نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به بدليل وجوب نفقة الصغير والمبيع قبل التسليم ، ويكفن في ثلاث أثواب كما كان يلبس في حياته ، ويحتمل أن يكفن في ثوب يستوره لانه يكفيه فلا حاجة الى الزيادة ، وفارق حال الحياة لانه لا بد من تغطية رأسه وكشفه يؤذيه بخلاف الميت ، ويمتد الاتفاق المذكور الى حين فراغه من القسمة بين الغرماء لانه لا يزول ملكه إلا بذلك ومذهب الشافعي قريب مما ذكرنا في هذا الفصل

(فصل) فان كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته أو كان يقدر على أن يكسب ذلك من المباحات ما يكفيه أو يؤجر نفسه أو يتوكل بجعل يكفيه لم يترك له شيء من ماله للنفقة ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال أحمد رحمه الله في رواية

والدنانير من مال الغرماء . وقال المفيرة الدنانير من مال اصحاب الدنانير والدرهم من مال اصحاب الدرهم ، ولنا انه من مال المفلس ومماؤه له فكان تلفه في ماله كالبروض

(فصل) واذا اجتمع مال المفلس قسم بين قرضائه فان كانت ديونهم من جنس الاثمان اخذوها وان كان فيهم من دينه من غير جنس الاثمان كالقرض بغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز وان امتنع وطلب جنس حقه اتبع له بحصته من جنس دينه ولو أراد التبريم الاخذ من المال المجموع وقال المفلس لأوفيك الا من جنس دينك قدم قوله لان هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز الا بتراضيهما عليه ، وان كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ الا من جنس حقه وان تراضيا على دفع عوضه لان مافي الذمة من السلم لا يجوز اخذ البديل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه الى غيره »

(فصل) واذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بقية وله صنعة فهل يجبره الحاكم على ايجار نفسه ليقضي دينه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجبره وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلاً أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « تصدقوا عليه » فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك » رواه مسلم ولان هذا تكسب للمال فلم يجبره عليه كقبول الهبة والصدقة ، وكما لا تجبر المرأة على الزوج لتأخذ المهر (والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن

أبي داود : يترك له قوت يتقوته ، وان كان له عيال ترك له قوام ، وقال في رواية الميموني يترك له قدر ما يقوم به معاشه ويبيع الباقي وهذا في حق الشيخ الكبير وذوي الهيات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه لان من تعلق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره كما ذكرنا في الدار والخدام

(فصل) وإذا تلف شيء من ماله تحت يد الامين أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع فهو من ضمان المفلس وبهذا قال الشافعي . وقال مالك العروض من ماله والدرهم والدنانير من مال الغرماء ، وقال المفيرة الدنانير من مال اصحاب الدنانير والدرهم من مال اصحاب الدرهم ولنا أنه من مال المفلس ومماؤه فكان تلفه ماله كالعروض من

(مسئلة) (ويبدأ ببيع ما يسرع اليه الفساد من الطعام الرطب)

لان بقاءه يتلفه يتيقن ، ثم يبيع الحيوان لانه معرض للاتلاف ويحتاج الى مؤنة في بقائه ثم يبيع الاثاث لانه يخاف عليه وتنااله اليد ، ثم يبيع العقار آخرأ لانه لا يخاف تلفه وبقاؤه أشهر له وأكثر لطلاب له (مسئلة) (ويعطي المئادي أجرته من المال)

لان البيع حق على المفلس لكونه طريق وفاء دينه ، وقيل هو من بيت المال لانه من المصالح (مسئلة) (ويبدأ بالمجني عليه فيدفع اليه الاقل من الارش أو ثمن الجاني)

وقد ذكرنا ذلك في الرهن هذا إذا كان عبده الجاني ، فعلى هذا يبدأ ببيعه وما فضل من ثمنه صرف الى الغرماء ، وان كان المفلس هو الجاني فالمجني عليه أسوة الغرماء لان حقه يتعلق بالذمة بخلاف جنابة العبد وقد ذكرناه

عبد العزيز وسوار والسنبري واسحاق لان النبي صلى الله عليه وسلم باع مرقاً في دينه وكان سرق رجلاً دخل المدينة وذكر ان وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فساء مرقاً وباعه بخمسة ابرة والحر لا يباع ثبت انه باع منافعه ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة وثبوت النفي بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجبارها عليها كبيع ماله في وفاء الدين منها ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها في وفاء دينه كاجارة أم ولده ولانه قادر على وفاء دينه فلزمه كمالك ما يقدر على الوفاء منه ، فان قيل حديث سرق منسوخ بدليل أن الحر لا يباع واليسير وقم على رقبته بدليل أن الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه مات صنع به ؟ قال أعتقه قالوا لسنأ بأزهد منك في اعتاقه فأعتقوه قلنا هذا اثبات التمتع بالاحتمال ولا يجوز ولم يثبت أن يبيع الحر كان جائزاً في شريعتنا ، وحمل لفظ يبعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه سائق كثير في القرآن وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم الجبل) (ولكن البر من آمن بالله) (واسأل القرية) وغير ذلك وكذلك قوله اعتقه أي من حقي عليه وكذلك قال فاعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه ، وأما قوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) فيتوجه منه كونه داخلاً تحت عمومها فان هذا في حكم الاغنياء في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك التبريم كسباً يفضل عن قدر نفقته ، وأما قبول الهبة والصدقة ففيه منه ومعرفة تأباها قلوب ذوي

(مسألة) ثم بمن له رهن فيخص بشئنه)

يبيع الرهن ويختص المرتن بشئنه اذا كان ثمنه بقدر دينه أو أقل منه سواء كان المفلس حياً أو ميتاً لان حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين فكان حقه أقوى . لان في هذا خلافاً وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ، فان كان ثمن الرهن فضل عن دين المرتن أعطي قدر دينه ورد الباقي على الغرماء ، وان فضل شيء من دينه ضرب بالفاضل مع الغرماء (فصل) ولو باع شيئاً أو باعه وكيله وقبض الثمن قتلف وتعذر رده وخرجت السلفة مستحقة ساوى المشتري الغرماء لان حقه لم يتعلق بعين المال فهو بمنزلة أرض خناية المفلس ، وذكر القاضي احتمالاً أنه يقدم على الغرماء لأنه لم يرض بمجرد الذمة فكان أولى كالمرتن ولانه لو لم يقدم على الغرماء لامتنع الناس من شراء مال المفلس خوفاً من ضياع أموالهم فتقل الرغبات فيه ويقل ثمنه فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم وهذا وجه لأصحاب الشافعي

ولنا أن هذا حق لم يتعلق بعين المال فلم يقدم كالذي جنى عليه المفلس وفارق المرتن فان حقه يتعلق بالعين وما ذكره من المنى الاول منتقض بأرض خناية المفلس (والثاني) صاحبة لا أصل لها فلا يثبت الحكم بها ، فان كان الثمن موجوداً يمكن رده وجب رده وبغرد به صاحبه لأنه دين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس وكذلك صاحب السلفة المستحقة يأخذها ، ومتى باع وكيل المفلس أو العدل أو باع الرهن وخرجت السلفة مستحقة فالعهد على المفلس ولا شيء على العدل لانه أمين (فصل) ومن استأجر داراً أو بعيماً أو شيئاً غيرهما بعينه ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق

المروآت بخلاف مسئلتنا . إذا ثبت هذا فلا يجبر على الكسب الا من في كسبه فضلة عن نفقته ونفقة من يمونه على ما تقدم ذكره .

(فصل) ولا يجبر على قبول هدية ولا صدقة ولا وصية ولا قرض ولا تجبر المرأة على الزويج ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحقوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك الزوج للمرأة في النكاح وجوب حقوقه عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ، ولا يجبر على ما فيه الحظ من الرد والامضاء لان الفلوس يمنع من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا ، وإن جني على المفلس جناية توجب المال ثبت المال وتعلقت حقوق الغرماء به ، ولا يصح منه العفو عنه وإن كانت موجبة للقصاص فهو مخير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت القصاص الذي يجب لمصلحته فان اقتصر لم يجب للغرماء شيء ، وإن عفا على مال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ، وإن عفا مطلقاً انبنى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت شيء وسقط القصاص ، وإن قلنا أحد امرين ثبتت له الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وإن عفا على غير مال فعلى الروايتين أيضاً فان قلنا القصاص عيناً لم يثبت شيء وإن قلنا أحد الامرين ثبتت الدية ولم يصح اسقاطه لان عفو عن القصاص يثبت له الدية ولا يصح اسقاطها ، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فذل له الثواب لزمه قبوله ولم يكن له اسقاطه لانه أخذه على سبيل العوض عن الموهوب فلزمه قبوله كالتمن في البيع وليس له اسقاط شيء من ثمن مبيع

بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه لان حقه متعلق بين المال والمنفعة مملوكة له في هذه المدة فكان أحق بها كما لو اشترى منه شيئاً فان هلك العبر أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ويضرب مع الغرماء ببقية الاجرة ، وإن استأجر جملاً في الذمة ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أسوة الغرماء لان حقه لم يتعلق بالعين وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه خلافاً ، وإن أجز داراً ثم أفلس فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يملك ذلك ويبيعونها مستأجرة فان اختلفوا قدم قول من طلب البيع في الحال لانه أحوط من التأخير . فإذا استوفى المستأجر سلم المشتري فان اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الاجارة فلم يملك ذلك لان الحق لا يخرج عنهم (فصل) ولو باع سلعة ثم أفلس قبل تقييضها فالمشتري أحق بها من الغرماء سواء كانت من المكيل والموزون أو لم تكن لان المشتري قد ملكها وثبت ملكه فيها فكان أحق بها كما لو قبضها ، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن وبعده وإن كان عليه سلم فوجد المسلم الثمن قائماً فهو أحق به لانه وجد عين ماله وإن لم يجده فهو أسوة الغرماء لانه لم يتعلق حقه بعين ماله ولا يثبت ملكه فيه ويضرب مع الغرماء بالمسلم فيه لانه الذي يستحقه دون الثمن . فان كان في المال جنس حقه أخذ منه بقدر ما يستحقه ، وإن لم يكن فيه جنس حقه عزل له قدر حقه فيشتري به المسلم فيه فيأخذه وليس له أن يأخذ المعزول بعينه لئلا يكون بدلاً عما في الذمة من المسلم فيه وذلك لا يجوز لقول النبي عليه السلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى غيره » فان أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له لرخص المسلم فيه اشترى له بقدر حقه ورد الباقي على الغرماء

مثاله رجل أفلس وله دينار وعليه لرجل دينار ولا آخر فقير خنطة من سلم قيمته دينار فانه يقسم

أو أجرة في اجارة ولا قبضه رديثاً ولا قبض المسلم فيه دون صفاته إلا باذن غرمائه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) اذا فرق مال المفلس فهل يتفك عنه الحجر بذلك أو يحتاج إلى فك الحجر عنه؟ فيه وجهان (أحدهما) يزول بقسمة ماله لأنه حجر عليه لاجله فإذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر الجنون لزوال جنونه (والثاني) لا يزول الا بحكم الحاكم لأنه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالحجور عليه لسفه وفارق الجنون فإنه يثبت بنفسه فزال بزواله ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبمحت فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) ومتى ثبت اعساره عند الحاكم لم يكن لاحد مطالبة ولا ملازمته وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لغرمائه ملازمته من غير أن يمنعوه من الكسب فإذا رجع الى بيته فأذن لهم في الدخول دخلوا معه والا منعوه من الدخول لقول النبي ﷺ «لصاحب الحق اليد واللسان» ولنا ان من ليس لصاحب الحق مطالبة لم يكن له ملازمته كما لو كان دينه مؤجلاً وقول الله تعالى (فنظر الى ميسرة) ومن وجب انظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل والحديث فيه مقال قاله ابن المنذر ثم نحمله على الموسر بدليل ما ذكرنا فقد ثبت أن النبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثرت دينه «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم والترمذي وان فك الحجر عنه لم يكن لاحد مطالبة ولا ملازمته حتى يملك مالا فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا ان له مالا لم يلتفت الى قولهم حتى يثبتوا سببه فان جاءوا بعد مدة فادعوا ان في يده مالا أو ادعوا ذلك عقيب فك الحجر وبينوا

دينار المفلس نصفين لصاحب السلم نصفه فان رخصت الحنطة فصار قيمة القفيز نصف دينار تبين أن حقه مثل نصف حق صاحب الدينار فلا يستحق من دينار المفلس إلا ثلثه يشتري له به ثلثا قفيز فيأخذه ويرد سدس الدينار على الغريم الآخر، وإن غلّا المسلم فيه فصار قيمة القفيز دينارين تبين أنه يستحق مثلي ما يستحقه صاحب الدينار فيكون له من دينار المفلس ثلثا فيشتري له بالنصف المعزول ويرجع على الغريم بسدس دينار يشتري له به أيضاً لأن المعزول ملك للمفلس وانما للغريم قدر حقه فان زاد للمفلس وإن قص فعليه

(مسئلة) ثم ين له عين مال يأخذها بالشروط المذكورة

وقد ذكرنا ذلك ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء على قدر ديونهم لتساويهم في الاستحقاق فان كانت ديونهم من جنس الاثمان أخذوها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الاثمان كالقرض لغير الاثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الاثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه اشتري له بحصته من الثمن من جنس دينه، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع، وقال المفلس لأقضيك إلا من جنس دينك قدم قول المفلس لان هذه معاوضة فلا تجوز إلا بتراضيها

(مسئلة) (فان كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل وعنه أنه يحل فيشاركهم)

لا يحل الدين المؤجل بفلس من هو عليه ذكره القاضي رواية واحدة، وحكى أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يحل وهو قول مالك، وعن الشافعي كاللذهيين، واحتجوا بأن الافلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الاجل كاللوت. ولنا أن الاجل حق للمفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ولأنه

سببه أحضره الحاكم وسأله فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه لأنه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء وإن أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربه وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم إن صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز أن يكونا تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس، وإن قال ما هو لي عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه قال المال لي فيماد الحجر عليه أن طلب الغرماء ذلك . وإن أقر لثائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكمنا في الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لديون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني إلا أن الأولين يضررون ببقية ديونهم والآخرين يضررون بجميعها وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يدخل غرماء الحجر الأول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث أو ينجى عليه جناية فيتخاص الغرماء فيه. ولنا أنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساوا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكثابوهم في الميراث وأرث الجناية ولأن مكسبه مال له فتساوا فيه كالإيراث

(مسئلة) قال (ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتي

ببينة تشهد بعسرته)

وجملته أن من وجب عليه دين حال فطوب به ولم يؤده نظر الحاكم فإن كان في يده مال ظاهر أمره بالقضاء فإن ذكر أنه لغيره فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا وإن لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولقول النبي ﷺ لغرماء الذي كثر دينه « خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك » ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر

لا يوجب حلول ماله فلا يوجب حلول ما عليه كالجنون والاعماء ولأنه دين مؤجل على حي فلم يحل قبل أجله كغير المفلس، والأصل المقيس عليه ممنوع وإن سلم فالفرق بينهما أن ذمته خربت بخلاف المفلس إذا ثبت هذا فإنه إذا حجر على المفلس ، فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحالية ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين شارك الغرماء كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته فإن أدرك بعض المال قبل قسمته شاركهم فيه بجميع دينه، ويضرب مع باقي الغرماء ببقية ديونهم ، وإن قلنا يحل الدين فهو كأصحاب الديون الحالية سواء

(مسئلة) (من مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة وغنه أنه يحل)

اختلفت الرواية في حلول الدين بالموت على من هو عليه فروي أنه لا يحل اختاره الحنفي بشرط أن يوثق الورثة وهو قول ابن سيرين وعبيد الله بن الحسن وإسحاق وأبي عبيد، والرواية الأخرى أنه يحل بالموت وبه قال الشعبي وأبو بصير وسوار ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي لأنه لا يحل إلا أن يبقى في ذمة الميت أو الورثة أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخراها وتمنر مطالبته بها ولا ذمة الورثة لأنهم لم يلزموها ولا رضي صاحب الدين بذمهم وهي مختلفة متباينة ، ولا يجوز تمليقه على الأعيان وتأجيله لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين ولا نفع للورثة فيه . أما الميت فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الميت مرتين بدينه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه فبأنخر حقه، وقد

فلا فائدة في الجبس ، وان كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أولم يعرف فان عرف له مال لسكون الدين ثبتت عن معاوضة كالقرض والبيع أو عرف له أصل مال سوى هذا قال قول غريمه مع يئنه فاذا حلف انه ذو مال جبس حتى تشهد اليئنة باعساره . قال ابن المنذر أكثر من نحفظ عنه من علماء الامصار وقضاتهم يرون الجبس في الدين منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله ابن الحسن ، وروي عن شريح والشعبي وكان عمر بن عبدالعزيز يقول يقسم ماله بين الغرماء ولا يوجب ، وبه قال عبد الله بن جعفر واليث بن سعد ، ولنا ان الظاهر قول الغريم فكان القول قوله كسائر الدعاوى فان شهدت اليئنة بالتلف ماله قبلت شهادتهم سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن لان التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم وان طلب الغريم احلافه على ذلك لم يجب اليه لان ذلك تكذيب لليئنة وان شهدت مع ذلك بالاعسار اكتفي بشهادتها وثبتت عسرتة ، وان لم تشهد بعسرتة وانما شهدت بالتلف لا غير وطلب الغريم يئنه على عسره وأنه ليس له مال آخر استحلف على ذلك لانه غير ما شهدت به اليئنة ، وان لم تشهد بالتلف وانما شهدت بالاعسار لم تقبل الشهادة الا من ذي خبرة باطنة ومعرفة متقدمة لان هذا من الامور الباطنة لا يطلع عليه في الغالب الا أهل الخبرة والمخالطة وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن مالك انه قال لا تسمع اليئنة على الاعسار لانها شهادة على الفتي فلم تسمع كالشهادة على أنه لا دين عليه

ولنا ما روى قبيصة بن المخارق ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له « يا قبيصة ان المسئلة لا تحل الا لأحد ثلاثة رجل تحمل حمالة فحلت له المسئلة حتى يصيبها ثم يمسك ورجل اصابته جائحة فاجتاحت

تلف العين فيسقط حقه ، وأما الورثة فانهم لا ينفقون بالاعيان ولا يتصرفون فيها ، وان حصلت لهم منفعة فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم .

ولنا ما ذكرنا في المفلس ولان الموت ما جعل مبطالا للحقوق وانما هو مبقات للخلافة وعلامة على الورثة ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك حقاً أو مالا فلورثته » وما ذكره اثبات حكم بالمصلحة المرسلة لم يشهد لها شاهد الشرع باعتبار ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه فان أحب الورثة التزام أداء الدين ويتصرفون في المال لم يكن لهم ذلك الا ان يرضى الغريم او يوثقوا الحق بضمين مليء أو رهن يثق به لوفاء حقه فانهم قد لا يكونون أملياء ولم يرض بهم الغريم فيؤدي الى فوات الحق ، وذكر القاضي أن الحق ينتقل الى ذم الورثة بموت موروثهم من غير ان يشترط التزامهم له فلا ينبغي أن يلزم الانسان دين لا يلزمه ولم يتعاط سببه ولو لزمهم ذلك بموت موروثهم للزمهم وان لم يخلف وفاء ، فان قلنا الدين يحل بالموت فأحب الورثة القضاء من غير التركة فانهم ذلك ، وإن اختاروا القضاء منها فلمهم ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين ، وإن مات مفلس وله غرماء بعض ديونهم مؤجلة ، قلنا يحل المؤجل بالموت اقتسموا التركة على قدر ديونهم ، وان قلنا لا يحل فأوثق الورثة لصاحب المؤجل اختص أصحاب الحال بالتركة ، وان امتنع الورثة من التوثيق حل دينه وشارك أصحاب الحال

ثلاثا يفضي الى اسقاط دينه بالسكينة

(فصل) وذكر بعض أصحابنا فيمن مات وعليه دين هل يمنع الدين نقل التركة الى الورثة؟

ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجة من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواماً من عيش - أو قال - سداداً من عيش» رواه مسلم وأبو داود وقوله ان الشهادة على النفي لا تقبل قلنا لا ترد مطلقاً فإنه لو شهدت اليانة ان هذا وارث الميت لاوارث له سواء قبلت ولان هذه وان كانت تتضمن النفي فهي تثبت حالة تظهر ويوقف عليها بالشهادة بخلاف ما اذا شهدت أنه لا حق له فان هذا مما لا يوقف عليه ولا يشهد به حال يتوصل بها الى معرفته به بخلاف مسئلتنا وتسمم اليانة في الحال ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تسمع في الحال ويحبس شهراً ، وروي ثلاثة أشهر وروي أربعة أشهر حتى يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لاظهره . ولنا ان كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها في الحال كسائر البينات ، وما ذكره لو كان صحيحاً لاغنى عن اليانة . فان قال الغريم احلفوه لي مع يمينه أنه لا مال له لم يستحلف في ظاهر كلام احمد لانه قال في رواية اسحاق ابن ابراهيم في رجل جاء بشهود على حق فقال الغريم استحلفوه لا يستحلف لان ظاهر الحديث البينة على المدعي واليمين على من أنكر . قال القاضي : سواء شهدت البينة بتلف المال أو بالأعسار وهذا أحد قولي الشافعي لأنها بينة مقبولة فلم يستحلف معها كما لو شهدت بأن هذا عبده أو هذه داره ويحتمل ان يستحلف ، وهذا القول الثاني للشافعي لانه يحتمل ان له مالا خفي على اليانة ويصح عندي الزامه اليمين على الأعسار فيما اذا شهدت البينة بتلف المال وسقوطها عنه فيما اذا شهدت بالأعسار لأنها اذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصل مال أو بمنزلة من أقر له غريمه بتلف روايتين (احدهما) لا يمنعه للخبر المذكور ولان تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في العبد الجاني والرهن والمفاس فلم يمنع نقله فعلى هذا ان تصرف الورثة في التركة بيع أو غيره صح تصرفهم ولزمهم أداء الدين فان تعذر وفاؤه فسخ تصرفهم كما لو باع السيد عبده الجاني (والثانية) يمنع نقل التركة اليهم لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فجعل التركة للوارث بعد الدين والوصية فلا يثبت لهم الملك قباهما ، فعلى هذا لا يصح تصرف الورثة لانهم تصرفوا في غير ملكهم الا أن يأذن لهم الغرماء وان تصرف الغرماء لم يصح الا باذن الورثة

﴿مسئلة﴾ (وإن ظهر له غريم بعد قسم ماله رجيم على الغرماء بقسطة)

وبهذا قال انشافعي وحكي عن مالك وحكي عنه لا يحاسبهم لانه نقض لحكم الحاكم ولنا أنه غريم يقاسمهم لو كان حاضراً ، فاذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كفرهم الميت يظهر بعد قسم ماله وليس قسم الحاكم ماله حكماً انما هو قسمة بان الخطأ فيها فأشبهه ما لو قسم أرضاً بين شركاء ثم ظهر شريك آخر وقسم الميراث ثم ظهر وارث سواء

(فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة فأنهدمت بفد قبض المفلس الاجرة أنفسخت الاجارة فيها بقي من المدة وسقط من الاجرة بقدر ذلك ثم ان وجد عين ماله أخذ منه بقدر ذلك ، وان لم يجده ضرب مع الغرماء بقدره وإن كان ذلك بعد قسم ماله رجوع على الغرماء بحصته لان سبب وجوبه قبل الحجز ولذلك يشاركونه إذا وجب قبل القسمة ، ولو باع سلعة وقبض ثمنها ثم أفلس فوجد بها المشتري عينا فردها به أو ردّها بخيار أو احتسلاف في الثمن ونحوه ووجد عين ماله أخذها لأن

ذلك المال وادعى أن له مالا سواء أو أنه استحدث مالا بعد تلفه ولو لم تقم اليانة وأقر له غريمه بتلف ماله وادعى أن له مالا سواء لزمته اليانة فكذلك إذا قامت به اليانة فإنها لا تزيد على الإقرار، وإن كان الحق يثبت عليه في غير مقابلة مال أخذه كأرش جنابة وقيمة متلف ومهر أو ضمان أو كفالة أو عوض خلع إن كان امرأة وإن لم يعرف له مال حلف أنه لا مال له وخلي سبيله ولم يجبس وهذا قول الشافعي وابن المنذر فإن شهدت اليانة بأفساره قبلت ولم يستحلف معها لما تقدم، وإن شهدت أنه كان له مال فتلف لم يستغن بذلك عن يمينه لما ذكرناه وكذلك لو أقر له به غريمه وإنما اكتفينا بيمينه لأن الأصل عدم المال لما روي أن النبي ﷺ قال لحبة وسواء ابني خلد بن سواء «لا تيشا من الرزق ما اهتزت رؤوسكم فان ابن آدم يخلق وليس له الا قشرناه ثم يرزقه الله تعالى» قال ابن المنذر الحبس عقوبة ولا نعلم له ذنبا يعاقب به والأصل عدم ماله بخلاف المسئلة الاولى فان الأصل ثبوت ماله فيحبس حتى يعلم ذهابه والخرقي لم يفرق بين الحالين لكنه يحمل كلامه على ما ذكرنا لقيام الدليل على الفرق

(فصل) إذا امتنع المוסر من قضاء الدين فلغريمه ملازمته ومطالبته والاغلاظ له بالقول فيقول يا ظالم يا متعدي ونحو ذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لي الواحد يحل عقوبته وعرضه» فعقوبته حبسه وعرضه أي يحل القول في عرضه بالاغلاظ وقال النبي صلى الله عليه وسلم «مطل الغني ظلم» وقال «إن لصاحب الحق مقالا»

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا مات فتبين أنه كان مفلسا لم يكن لاحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله)

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس وهو أن يكون حيا فإن مات فالبايع أسوة الغرماء سواء علم بفلسه قبل الموت فحجر عليه ثم مات أو مات فتبين فلسه وبهذا قال مالك وإسحاق، وقال الشافعي له الفسخ واسترجاع العين لما روى ابن خلد الزرقي قاضي المدينة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس فقال أبو هريرة هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه عليه البيع لما انفسخ زال ملك المفلس عن الثمن كزوال ملك المشتري عن المبيع، وإن كان بعد تصرفه فيه شارك المشتري الغرماء.

﴿مسئلة﴾ (وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها على روايتين) (إحداها) لا يجبر وهو قول مالك والشافعي لقول الله تعالى (وإن كان ذو عمرة فنظرة إلى ميسرة) ولما روى أبو سعيد أن رجلا أصيب في ثمرة ابتاعها فكثر دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «نصدقوا عليه» فتصدقوا عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال النبي صلى الله عليه وسلم «خذوا ما وجدتم وإيس لكم الا ذلك» رواه مسلم ولأنه تكسب للمال فلم يجبر عليه كقبول الهبة والصدقة، وكما لا تجبر المرأة على التزويج لتأخذ المهر.

(والثانية) يجبر على الكسب وهو قول عمر بن عبد العزيز وسوار والنسفي وإسحاق لما روي

وسلم أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه ، رواه أبو داود وابن ماجه واحتجوا بعموم قوله عليه السلام « من أدرك متاعه بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به » ولان هذا العقد يلحقه الفسخ بالاقالة فجاز فسخه لتعذر العوض كما لو تعذر المسلم فيه ، ولان الفليس سبب لاستحقاق الفسخ فجاز الفسخ به بعد الموت كالعيب

ولنا ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث المفلس « فان مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء » رواه أبو داود . وورى أبو اليمان عن الزبيدي عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما امرئ مات وعنده مال امرئ بعينه اقتضى من ثمنه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء » رواه ابن ماجه ، ولانه تعلق به حق غير المفلس والغرماء وهم الورثة فأشبه المرهون . وحديثهم مجهول الاسناد قاله ابن المنذر ، قال ابن عبد البر : يرويه أبو المعتمر عن الزرقى وأبو المعتمر غير معروف بحمل العلم ثم هو غير مضمول به اجماعاً فانه جعل المتاع لصاحبه بمجرد موت المشتري من غير شرط فلسه ولا تعذر وفائه ولا عدم قبض ثمنه والامر بخلاف ذلك عند جميع العلماء الا ما حكى عن الاصطخري من أصحاب الشافعي أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها اذا مات المشتري وان خلف وفاء وهذا شذوذ عن أقوال اهل العلم وخلاف للسنة لا يرجع على مثله ، وأما الحديث الآخر فنقول به وان صاحب المتاع أحق به إذا وجده عند المفلس وما وجده في مسئلتنا عنده انما وجده عند ورثته فلا يتناوله الخبر وانما يدل بمفهومه على أنه لا يستحق الرجوع فيه ثم هو مطلق وحديثنا بعيده وفيه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ويفارق حالة الحياة حال الموت لامرئين (أحدهما) أن الملك في الحياة للمفلس وههنا لغيره (والثاني) أن ذمة المفلس خربت ههنا خراباً لا يعود فاختصاص هذا بالعين يستضر به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أراد سفرأ وعليه حق يستحق قبل مدة سفره فلصاحب

الحق منعه)

وجهة ذلك ان من عليه الدين اذا أراد السفر وأراد غريمه منعه نظرنا فان كان محل الدين قبل

أن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقاً في دينه وكان سرق دخل المدينة وذكر أن وراءه مالا فداينه الناس فركبته ديون ولم يكن وراءه مال فسباه سرقاً وباعه بخمسة أبرة . رواه الدار قطني بمعناه من رواية خلد بن مسلم الرعي الا أن فيه كلاماً والحر لا يباع ثبت أنه باع منافعه ، ولان المنافع تجري مجرى الايعان في صحة العقد عليها ومحرم اخذ الزكاة وثبوت الغنى بها فكذلك في وفاء الدين منها ، ولان الاجارة عقد معاوضة فجاز اجباره عليه كيبيع ماله ، ولانها اجارة لما يملك اجارته فيجبر عليها لو فاء دينه كاجارة أم ولد . فان قيل حديث سرق منسوخ لان الحر لا يباع والبيع وقم على رقبته بدليل ان في الحديث ان الغرماء قالوا لمشتريه ما تصنع به ؟ قال اعتقه ، قالوا : لسنا بأزهد منك في اعتاقه فاعتقوه قلنا هذا اثبات نسخ بالاحتمال ولا يجوز ، ولم يثبت أن يسم الحر كان جائزاً في شريعتنا وحمل يعه على بيع منافعه اسهل من حمله على بيع رقبته المحرم ، فان حذف المضاف واقامة المضاف اليه كثير في القرآن

محل قدومه من السفر مثل أن يكون سفره الى الحج لا يقدم الا في صفر وذيقه يحل في الحرم أو ذيق
الحجة فله منعه من السفر لان عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله فان أقام ضميماً ملبثاً أو دفع رهنه
بفي بالدين عند المحل فله السفر لان الضرر يزول بذلك ، وأما ان كان الدين لا يحل الا بعد محل
السفر مثل أن يكون محله في ربيع وقدومه في صفر نظرنا فان كان سفره الى الجهاد فله منعه الا بضمين أو
رهن لانه سفر يتعرض فيه للشهادة وذهاب النفس فلا يأمن فوات الحق ، وان كان السفر لغیر الجهاد
فظاهر كلام الحرقى انه ليس له منعه وهو أحد الروايتين عن أحمد لان هذا السفر ليس بامارة على
منع الحق في محله فلم يملك منعه منه كالسفر القصير وكالسمي الى الجمعة ، وقال الشافعي ليس له منعه من السفر
ولا المطالبة بكفيل اذا كان الدين مؤجلاً بحال سواء كان الدين يحل قبل محله سفره أو بعده أو الى الجهاد
أو الى غيره لانه لا يملك المطالبة بالدين فلم يملك منعه من السفر ولا المطالبة بكفيل كالسفر الا من القصير ،
ولنا أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله فملك منعه منه ان لم يوثقه بكفيل أو رهن كالسفر بعد حلول
الحق ، ولانه لا يملك تأخير الدين عن محله ، وفي السفر المختلف فيه تأخير عن محله فلم يملك كجحد

وفي كلام العرب كقوله تعالى (وأشربوا في قلوبهم العجل - واسأل القرية) وغير ذلك ، وكذلك قوله
أعتقه أي من حقي عليه يدل على ذلك قوله فأعتقوه يعني الغرماء وهم لا يملكون الا الدين الذي عليه ،
وأما قوله تعالى (فنظرة الى مبصرة) فيمكن منع دخوله تحت عمومها لما ذكرنا من أنه في حكم الاغنياء
في حرمان الزكاة وسقوط نفقته عن قريبه ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين لا يثبت
حكمها الا في مثلها ولم يثبت أن لذلك الغريم كسباً يفضل عن قدر نفقته . أما قبول الهدية والصدقة
فضرة تأبأها قلوب ذوي المروءات لما فيها من المنة . فعلى هذا لا يجبر على الكسب الا من كسبه يفضل
عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته لما تقدم .

(فصل) ولا يجبر على قبول صدقة ، ولا هدية ، ولا وصية ، ولا قرض ، ولا المرأة على التزوج
ليأخذ مهرها لان في ذلك ضرراً للحقوق المنة في الهدية والصدقة والوصية والعوض في القرض وملك
الزوج للمرأة في النكاح ووجوب حقوقها عليها ، ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فالخيار بحاله ولا يجبر على
ما فيه الحظ من الرد والامضاء لان المفلس يمنع من احداث عقد أما من امضائه وتنفيذ عقوده فلا

(فصل) وان جني على المفلس جنابة توجب المال ثبت وتعلقت حقوق الغرماء به ولا يصح عفو
فان كانت موجبة للقصاص فهو غير بين القصاص والعفو ولا يجبر على العفو على مال لان ذلك يفوت
القصاص الذي يجب لمصلحة الزحر ، فان اقتصر لم يجب للغرماء شيء ، وان عفا على مال ثبت وتعلق به
حقوق الغرماء ، وإن عفا مطلقاً انبى على الروايتين في موجب العمد ان قلنا القصاص خاصة لم يثبت
شيء ، وان قلنا أحد أمرين ثبتت الدية وتعلقت بها حقوق الغرماء ، وان عفا على غير مال وقلنا القصاص
هو الواجب عيناً لم يثبت شيء ، وان قلنا أحد الأمرين ثبتت الدية ولم يصح إسقاطه لان عفو عن
القصاص يثبت له الدية ولا يصح إسقاطها ، وإن وهب هبة بشرط الثواب ثم أفلس فبذل له الثواب لزمه
قبوله ولم يكن له إسقاطه لانه أخذ على سبيل العوض عن الموهوب كالمثمن في المبيع وليس له إسقاط
شيء من ثمن مبيع أو اجرة اجارة ولا قبض رديء ، ولا قبض المسلم فيه دون صفاته الا باذن غرمائه
ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

كتاب الحجر

الحجر في اللغة المنع والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً قال الله تعالى (ويقولون حجر أمحجوراً) أي حراماً محرماً ويسمى العقول حجراً قال الله تعالى (هل في ذلك قسم لذي حجر؟) أي عقل سمي حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح وتضر عاقبته وهو في التريسة منع الانسان من التصرف في ماله والحجر على ضربين : حجر على الانسان لحق نفسه وحجر عليه لحق غيره ، فالحجر عليه لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث أو اتبرع بشيء لو ارث لحق ورثته وعلى المكاتب والعبد لحق سيدهما والراهن بحجر عليه في الرهن لحق المرتهن ولهؤلاء أبواب يذكر فيها . وأما المحجور عليه لحق نفسه فتلاثة الصبي والمجنون والسفيه وهذا الباب مختص

﴿مسئلة﴾ (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكم حاكم)

لانه ثبت بحكمه فلا يزول الا بحكمه كالمحجور عليه لسفه ، وفيه وجه آخر أنه يزول بقسمة ماله لانه حجر عليه لاجله فاذا زال ملكه عنه زال سبب الحجر فزال الحجر كزوال حجر المجنون لزوال جنونه والاول أولى وفارق الجنون فانه يثبت بنفسه فزال بزواله بخلاف هذا ولان فراغ ماله يحتاج الى معرفة وبحث فوقه ذلك على الحاكم بخلاف الجنون

(فصل) وإذا فك الحجر عنه فليس لاحد مطالبته وملازمته حتى يملك مالا ، فان جاء الغرماء عقيب فك الحجر عنه فادعوا أن له مالا لم يقبل إلا بينة ، فان جاءوا بعد مدة فادعوا أن في يده مالا او ادعوا ذلك عقيب فك الحجر عنه وينبأ سببه أحضره الحاكم وسأله ، فان أنكر فاقول قوله مع يمينه لانه ما فك الحجر عنه حتى لم يبق له شيء ، وان أقر وقال هو لفلان وأنا وكيله أو مضاربة وكان المقر له حاضراً سأله الحاكم فان صدقه فهو له ويستحلفه الحاكم لجواز ان يكونا تواطأ على ذلك ليدفع المطالبة عن المفلس . وان لم يصدقه عرفنا كذب المفلس فيصير كأنه أقر ان المال له فيعاد الحجر عليه ان طلب الغرماء ذلك ، فان أقر لغائب أقر في يديه حتى يحضر الغائب ثم يسأل كما حكنا في الحاضر

﴿مسئلة﴾ (ومتى فك عنه الحجر فلزمته ديون وظهر له مال فجبر عليه شارك غرماء الحجر الاول غرماء الحجر الثاني)

إلا أن الاولين يضربون ببقية ديونهم والآخريين يضربون بجميعها ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك : لا يدخل غرماء الحجر الاول على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا الا أن يكون له فائدة من ميراث أو يحجب عليه جناية فيتخاص الغرماء فيه . ولنا أنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فتساوا في الاستحقاق كالذين ثبتت حقوقهم في حجر واحد وكنتساويهم في الميراث وأرض الجناية ، ولان كسبه مال له فتساوا فيه كالبراث

﴿مسئلة﴾ (وان كان للمفلس حق له به شاهد فأبى أن يحلف معه لم يكن لغرمائه أن يحلفوا) المفلس في الدعوى كغيره فاذا ادعى حقاً له به شاهد عدل وحلف مع شاهده ثبت المال وتعلقت به حقوق الغرماء وان امتنع لم يجبر لا تالاً لان لم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتاج الى عين معه

(الفني والشرح الكبير) وجوب دفع المال الى المحجور عليه اذا رشد وبلغ ٥٠٩

بهؤلاء الثلاثة والحجر عليهم حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذمهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) والآية التي بعدها، قال سعيد بن جبير وعكرمة هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال إلى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ومدبروها ، وقوله تعالى (وابتلوا النياح) يعني اختبروهم في حفظهم لاموالهم (حتى اذا بلغوا النكاح) أي مبلغ الرجال والنساء (فان آتسّم منهم رشداً) أي أبصرتم وعلمتم منهم حفظاً لاموالهم وصلاحا في تدبير معاشهم

﴿ مسألة ﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ومن أونس منه رشد دفع اليه ماله اذا كان قد بلغ)

فلا نجبره على ما لا نعلم صدقه كغيره فان قال الغرماء نحن نخاف مع الشاهد لم يكن لهم ذلك وبهذا قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم يحلفون معه لان حقوقهم تعلقت بالمال فكان لهم ان يحلفوا كالورثة يحلفون على مال موروثهم ، ولنا أنهم يثبتون ملكا لغيرهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته فلم يحجز لهم ذلك كالرأة يحلف لاثبات ملك زوجها لتعلق نفقتها به وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت فان المال اتقل اليهم فهم يثبتون بأيمانهم ملكا لانفسهم .

(فصل) قال رحمه الله (الحكم الرابع انقطاع المطالبة عن المفلس من أقرضه شيئا أو باعه إياه لم يملك مطالبته حتى يفك الحجر عنه)

اذا تصرف المحجور عليه في ذمته بشراء او اقتراض صح لانه أهل للتصرف والحجر إنما تعلق بماله وقد ذكرناه وليس للبائع ولا للمقرض مطالبة في حال الحجر لان حق الغرماء تعلق بعين ماله الموجود حال الحجر وبما يحدث له من المال فقدّموا على غيرهم ممن لم يتعلق حقه بعين المال كتقديم حق المرتين بضمن الرهن ، وتقديم حق الجاني عليه بضمن العبد الجاني فلا يشارك اصحاب هذه الديون الغرماء لما ذكرنا ، ولان من علم منهم بفلسه فقد رضي بذلك ومن لم يعلم فهو مفطر ويتبعونه بعد فك الحجر عنه كما لو أقر لانسان بمال بعد الحجر عليه وفي اقراره خلاف ذكرناه فيما مضى فان وجد البائع والمقرض أعيان أموالهما فهل لهم الرجوع فيها؟ على وجهين (أحدهما) لها ذلك للخبر (والثاني) لا فسوخ لها لأنها دخلت على بصيرة بخراب الذمة فأشبهه من اشترى معينا يعلم عيبه وقد ذكرنا ذلك

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني المحجور عليه لحظه وهو الصبي والمجنون والسفيه) الحجر على هؤلاء الثلاثة حجر عام لانهم يمنعون التصرف في أموالهم وذمهم والاصل في الحجر عليهم قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما) وقوله (وابتلوا النياح) الآية قال سعيد بن جبير وعكرمة : هو مال اليتيم عندك لا تؤته إياه وانفق عليه وانما أضاف الاموال الى الاولياء وهي لغيرهم لانهم قوامها ، ومدبروها ، وقوله (وابتلوا النياح) اختبروهم في حفظهم لاموالهم

﴿ مسألة ﴾ (فلا يصح تصرفهم قبل الاذن) لان تصحيح تصرفهم يقضي الى ضياع أموالهم وفيه ضرر عليهم

(مسألة) (ومن دفع اليهم ماله يبيع أو قرض رجح فيه ما كان باقيا)

لانه عين ماله وتصرفهم فاسد فان اتلفه واحد منهم فهو من ضمان مالكة ، وكذلك ان تلف

الكلام في هذه المسئلة في فصول ثلاثة (احدها) في وجوب دفع المال الى المحجور عليه اذا رشد وبلغ وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى ، قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك وقد أمر الله تعالى به في نص كتابه بقوله سبحانه (وابتلوا النياحي حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولان الحجر عليه انما كان لمجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه وبهذين المعنيين يقدر على التصرف ويحفظ ماله فيزول الحجر لزوال سببه ، ولا يعتبر في زوال الحجر عن المجنون اذا عقل حكم حاكم بغير خلاف ولا يعتبر ذلك في الصبي اذا رشد وبلغ وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا يزول الا بحاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفه، ولان الله تعالى أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وابتناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة منع الدفع عند وجوب ذلك بدون حكم الحاكم وهذا خلاف النص ولانه حجر بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون وبهذا فارق السفه ، وقد ذكر أبو الخطاب ان الحجر على السفه يزول بزوال السفه والاول أولى فصار الحجر منقسماً الى ثلاثة اقسام: قسم يزول بغير حكم حاكم وهو حجر المجنون وقسم لا يزول الا بحاكم وهو حجر السفه وقسم فيه الخلاف وهو حجر الصبي

في بده لانه سلطه عليه برضاه وسواء علم بالحجر على السفه او لم يعلم لانه ان علم فقد فرط وان لم يعلم فهو مفرط أيضاً اذ كان في مظنة الشهرة هذا إذا كان صاحبه قد سلطه عليه ، فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختر القاضي انه يلزمه الضمان ان أتلفه أو تاف بتفريطه ان كان سفهاً لانه أتلفه بغير اختيار صاحبه فأشبهه مالهو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل ان لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبهه المبيع أما ما أخذه بغير اختيار المالك كالنصب والجنابة فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك وكذلك الحكم في الصبي والمجنون فان أودع عند الصبي والمجنون أو اعارها فلا ضمان عليهما فيما تاف بتفريطهما لانهما ليسا من اهل الحفظ ، وان أتلفاه ففيه وجهان نذكرهما في الوديعة

(مسئلة) (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع اليهما مالهما ولا ينفك قبل ذلك بحال)

اذا عقل المجنون ورشد انفك الحجر عنه ولا يحتاج الى حكم حاكم بغير خلاف وكذلك الصبي اذا بلغ ورشد وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك لا يزول الا بحكم حاكم وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه موضع اجتهاد ونظر فانه يحتاج في معرفة البلوغ والرشد الى اجتهاد فيوقف ذلك على حكم الحاكم كزوال الحجر عن السفه . ولنا قوله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) أمر بدفع أموالهم اليهم عند البلوغ وابتناس الرشد فاشتراط حكم الحاكم زيادة منع الدفع عند وجود ذلك حتى يحكم الحاكم وهذا مخالف لظاهر النص ، ولانه حجر ثبت بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون ولان الحجر عليه انما كان لمجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحة حفظاً لما له عليه فتي بلغ ورشد زال الحجر لزوال سببه ، السفه لنا فيه منع ، فعلى هذا الحجر منقسم الى ثلاثة أقسام: قسم يزول بغير حكم الحاكم وهو الحجر على المجنون ، وقسم لا يزول الا بحكم حاكم وهو الحجر للسفه ، وقسم فيه الخلاف وهو الحجر على الصبي

(الفصل الثاني) أنه لا يدفع اليه ماله قبل وجود الامرين البلوغ والرشد ولو صار شيخاً وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيق لماله صغيراً كان أو كبيراً وهذا قول القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخاً يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولى علي مثلي فقال انك فاسد . فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع إلي مالي . فقال له القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فئت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقيقه . قال ابن اسحاق ما كان يعاب على رجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك عنه الحجر ودفع اليه ماله

(فصل) ومتى انفك الحجر عنها دفع اليها ماله لقول الله تعالى (فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن المنذر اتفقوا على ذلك ولان منعه من التصرف انما كان لمجزئه عن التصرف حفظاً لماله فاذا صار أهلاً للتصرف زال الحجر لزوال سببه

(فصل) ولا ينفك عنه الحجر ولا يدفع اليه ماله قبل البلوغ والرشد ، ولو صار شيخاً وهو قول الاكثرين قال ابن المنذر أكثر علماء الامصار من أهل العراق والحجاز والشام ومصر يرون الحجر على كل مضيق لماله صغيراً كان أو كبيراً وبه قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وروى الجوزجاني في كتابه قال : كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال فلا يجوز له أمر في ماله دونه لضعف عقله قال ابن اسحاق رأيته شيخاً يخضب وقد جاء إلى القاسم بن محمد فقال يا أبا محمد ادفع إلي مالي فإنه لا يولى علي مثلي فقال . إنك فاسد فقال امرأته طالق البتة وكل مملوك له حر ان لم تدفع الي مالي ، فقال القاسم بن محمد وما يحل لنا أن ندفع اليك مالك على حالك هذه فبعث إلى امرأته وقال : هي حرة مسلمة وما كنت لأحبسها عليك وقد فئت بطلاقها فأرسل اليها فأخبرها ذلك وقال أما رقيقك فلا عتق لك ولا كرامة فحبس رقيقه . وقال ابن اسحاق ما كان يعاب على الرجل الا سفهه ، وقال أبو حنيفة لا يدفع ماله اليه قبل خمس وعشرين سنة ، وان تصرف نفذ تصرفه فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة فك الحجر عنه ودفع اليه ماله لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ولانه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشد

ولنا قول الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) أي أموالهم وقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) علق الدفوع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونها وقال تعالى (فان كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يعمل هو فليمل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه ولانه مبذر فلم يجوز دفع ماله اليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتجوا بها قائماً تدل بدليل خطاها وهو لا يقول به ثم هي مخصصة فيما قبل

لقول الله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن حتى يبلغ أشده) وهذا قد بلغ أشده ويصلح أن يكون جداً ولأنه حر بالغ عاقل مكلف فلا يحجر عليه كالرشد

ولنا قول الله تعالى ، وابتلوا النأى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنس منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم (علق الدفع على شرطين والحكم المعلق على شرطين لا يثبت بدونها وقال الله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعنى أموالهم وقول الله تعالى (فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل) فثبت الولاية على السفيه ولأنه مبذر لماله فلا يجوز دفعه إليه كمن له دون ذلك ، وأما الآية التي احتج بها فأما تدل بدليل خطأها وهو لا يقول به ثم هي خصصة فيما قبل خمس وعشرين سنة بالاجماع لعل السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصصت في حق المجنون لاجل جنونه قبل خمس وعشرين خصت أيضاً بعد خمس وعشرين وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلل به من المفهوم التخصيص وما ذكره من كونه جدياً ليس تحته معنى يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور فيمن له دون هذا السن فإن المرأة تكون جدة لأحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين بوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ولا إقراره ،

خمس وعشرين بالاجماع لعل السفه وهو موجود بعد خمس وعشرين فيجب أن يخص به أيضاً كما أنها لما خصصت في حق المجنون لجنونه فيما قبل خمس وعشرين خصصت بعدها ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدلل به من المفهوم التخصيص وقوله أنه صار يصلح جداً لا معنى تحته يقتضي الحكم ولا له أصل يشهد له في الشرع فهو اثبات للحكم بالتحكم ثم هو متصور بمن هو دون هذا السن فإن المرأة تكون جدة لأحدى وعشرين سنة وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة فما أوجب الحجر قبلها بوجبه بعدها ، إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة يصح بيعه وإقراره لأن البالغ عنده لا يحجر عليه وإنما لم يسلم إليه للآية

ولنا أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلم يصح تصرفه وإقراره كالصبي والمجنون ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله ولم يفد منه من ماله شيئاً ولأن تصرفه لو كان نافذاً سلم إليه ماله كالرشد فإنه إنما منع ماله حفظاً له فإذا لم يحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل

(مسألة) (والبلوغ يحصل بالاحتلام وبلوغ خمس عشرة سنة ونبات الشعر الحشن حول القبل ، وتزويد الجارية بالحيض والحمل)

ثبت البلوغ في حق الجارية والعلام بأحد الأشياء الثلاثة المذكورة وهي : خروج المنى من القبل وهو الماء الدامق الذي يخاف منه الولد كيفما خرج في بقعة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك يحصل به البلوغ لا نسلم فيه خلافاً لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله (والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي ﷺ « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يحتلم » رواه أبو داود ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على الخنثى العاقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها (الثاني) السن وهو بلوغ خمس عشرة سنة في حق الغلام والجارية وبهذا قال الأوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال داود لأجد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « رفع القلم عن

(المغني والشرح الكبير) بيان الأشياء التي يحصل بها البلوغ في حق الغلام وفي حق الجارية ٥١٣

وقال أبو حنيفة يصح بيعه وأقراره وإنما لا يسلم إليه ماله لأن البالغ عنده لا يجبر عليه وإنما منع تسليم ماله إليه الآية ، وقال أصحابنا في أقراره يلزمه بعد فك الحجر عنه إذا كان بالغاً . ولأنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده فلا يصح تصرفه وأقراره كالصبي والمجنون ، ولأنه إذا نفذ تصرفه وأقراره تلف ماله ولم يفد منه من ماله شيئاً ولأن تصرفه لو كان نافذاً لسلم إليه ماله كالرشد فانه إنما يمنع ماله حفظاً له فإذا لم يتحفظ بالمنع وجب تسليمه إليه بحكم الأصل

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصل في حق الغلام والجارية باحد ثلاثة اشياء وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى فاولها خروج المني من قبله وهو الماء الدافق الذي يخاق منه الولد فكيفما خرج في بقضة أو منام بجماع أو احتلام أو غير ذلك حصل به البلوغ لا نعلم في ذلك اختلافاً لقول الله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) وقوله — والذين لم يبلغوا الحلم منكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » وقوله عليه السلام لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواها أبو داود . قال ابن المنذر وأجمعوا على ان الفرائض والاحكام نجب على المحتلم العاقل وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الانبات فهو أن ينبت الشعر الحشن حول ذكر الرجل أو فرج المرأة الذي استحق أخذه بالموسى . وأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات

ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » وانبات البلوغ لغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وعن أبي حنيفة في الغلام روايتان (احداها) سبع عشرة (والثاني) ثمان عشرة والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف فيها دون هذا ولا اتفاق . ولنا أن ابن عمر قال عرضت على النبي ﷺ وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني متفق عليه ، وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه عام الحندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب الى عماله أن لا تفرضوا الا لمن بلغ خمس عشرة رواء الشافعي في مسنده والترمذي وقال حديث حسن صحيح ، ولأن السن معنى يحصل به البلوغ يشترك فيه الجارية والغلام فاستويا فيه كالانزال وما احتج به مالك وداود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام اذا ثبت بالدليل ولهذا كان انبات الشعر علماً عليه (الثالث) نبات الشعر الحشن حول ذكر الرجل وفرج المرأة ، فأما الزغب الضعيف فلا اعتبار به فانه يثبت في حق الصغير وبهذا قال مالك والشافعي في قول وقال في الآخر هو بلوغ في حق المشركين وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان ، وقال أبو حنيفة لا اعتبار به لانه نبات شعر أشبه سائر شعر البدن

ولنا أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن يقتل مقاتلتهم ويسبي ذراريهم فأمر بأن يكشف عن مؤثرهم فمن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت الحقوق بالذرية . قال عطية القرظي عرضت على رسول الله ﷺ يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي ﷺ أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟

٥١٤ بيان الاشياء التي يحصل بها البلوغ في حق الغلام وفي حق الجارية (الغنى والشرح الكبير)

شعر فأشبه نبات شعسائر البدن . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة حكم بأن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم وأمر أن يكشف عن مؤزرهم فن أنبت فهو من المقاتلة ومن لم ينبت ألحقوه بالذرية وقال عطية القرظي عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم قريظة فشكوا في فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن ينظر إلي هل أنبت بعد ؟ فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية متفق على معناه . وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال لو أنبت الشعر لحددتك، ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبا ويستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاختلام ولأن الخارج ضربان متصل ومنفصل فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشركين كان بلوغا في حق المسلمين كالاختلام والسنن وأما السنن فان البلوغ به في الغلام والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال داود لاحد للبلوغ من السن لقوله عليه السلام « ربح القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتمل » واثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر وهذا قول مالك ، وقال أصحابه سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وروى عن أبي حنيفة في الغلام روايتان (إحداهما) سبع عشرة (والثانية) ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال لان الحد لا يثبت إلا بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف في هذا ولا اتفاق ولنا ان ابن عمر قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازني . متفق عليه . وفي لفظ عرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فردني ولم يرني بلغت ، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني

فنظروا إلي فلم يجدوني أنبت بعد فألحقوني بالذرية . متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله أن لا تأخذ الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي ، وروى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاما من الانصار شب بامرأة في شعره فرفع إلى عمر فلم يجده أنبت فقال . لو أنبت لحددتك ، ولأنه خارج يلازمه البلوغ غالبا يستوي فيه الذكر والانثى فكان علما على البلوغ كالاختلام ، ولأن الخارج ضربان متصل ومنفصل ، فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كذلك المتصل وما كان بلوغا في حق المشرك كان بلوغا في حق المسلم كالاختلام والسنن

(فصل) والحيض علم على البلوغ في حق الجارية لا نعلم فيه خلافا ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، وكذلك الحمل يحصل به البلوغ لان الله تعالى أجرى العادة أن الولد إنما يخلق من ماء الرجل وماء المرأة ، قال الله تعالى (فلينظر الانسان مم خلق ، خلق من ماء اصفى يخرج من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الاحاديث ، فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) إذا وجد خروج المنى من الخلق المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلا، وإن خرج من فرجه أو حاض كان علما على بلوغه وكونه امرأة ، وقال القاضي : ليس واحد منهما علما على البلوغ فان اجتماعه فقد بلغ وهو مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج ذلك منه خلقه زائدة . ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على ذكوريته أو أنوثته فخرج المنى والحيض أولى

فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز فكتب إلى عماله أن لا تعرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة رواء الشافعي في مسنده ورواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وروي عن أنس أن النبي ﷺ قال «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب له ما له وما عليه وأخذت منه الحدود» ولأن السن معنى محصل به البلوغ يشترك فيه الغلام والجارية فاستويا فيه كالانزال وما ذكره أصحاب أبي حنيفة فقها رويته جواب عنه وما احتج به داود لا يمنع اثبات البلوغ بغير الاحتلام إذا ثبت بالدليل ولهذا كان اثبات الشعر علما عليه، وأما الحيض فهو علم على البلوغ لا نعلم فيه خلافاً، وقد قال النبي ﷺ «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» رواه الترمذي وقال حديث حسن، وأما الحمل فهو علم على البلوغ لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخاق إلا من ماء الرجل وماء المرأة. قال الله تعالى (فلينظر الإنسان مم خلق * خلق من ماء دافق * يخرج (١) من بين الصلب والترائب) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث فتى حمت حكى يبلوغها في الوقت الذي حملت فيه

(فصل) وإذا وجد خروج المني من ذكر الحثي المشكل فهو علم على بلوغه وكونه رجلاً وإن خرج من فرجه أو حاض فهو علم على بلوغه وكونه امرأة، وقال القاضي ليس واحد منهما علماً على البلوغ فإن اجتماعهما فقد بالغ، وهذا مذهب الشافعي لجواز أن يكون الفرج الذي خرج منه ذلك خلقاً زائدة ولنا أن خروج البول من أحد الفرجين دليل على كونه رجلاً أو امرأة فخرج المني والحيض أولى وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المني من ذكره أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ

وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المني من ذكره، أو امرأة خرج الحيض من فرجها لزم وجود البلوغ، ولأن خروج مني الرجل من المرأة أو الحيض من الرجل مستحيل فكان دليلاً على التمين، وإذا ثبت التمين لزم كونه دليلاً على البلوغ كما لو تمين قبل خروجه، ولأنهم سلموا أن خروجهما معاً دليل عليه فخرج أحدهما منفرداً أولى لأن خروجهما معاً يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتها إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فليزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محلها، وليس أحدهما أولى بذلك من الآخر فبطل دلالتها كاليقين إذا تعارضتا وكالبول إذا خرج من الفرجين جميعاً بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه، فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يشت حكه ويقضى بثبوت دلالة كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره وبكونه أنثى بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المني من ذكره ولجارية بخروج الحيض من فرجها، فعلى هذا إذا خرجا جميعاً لم يثبت كونه رجلاً ولا امرأة، وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لأنه إن كان رجلاً فقد خرج المني من ذكره، وإن كان أنثى فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لأن هذا يجوز أن لا يكون حيضاً ولا منياً فلا يكون فيه دلالة وقد دل على ذلك تعارضهما فانتفت دلالتها على البلوغ كاتفاه دلالتها على الذكورة والانوثة

❦ مسألة (والرشد الصلاح في المال)

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر. الرشد الصلاح في الدين والمال لأن الفاسق غير رشيد، ولأن اتساع دينه يمنع الثقة به في حفظ

(١) المشهور أن الضمير

في يخرج الماء الدافق

وأن المراد صلب

الرجل وترائب المرأة

وفيه إشكال للأطباء

واجيب عنه بأجوبة

منها قول شيخنا إنها

كناية عن اجتماع

الرجل والمرأة

الاجتماع الخاص الذي

يكون سبباً لخروجه

من ينهما ووقوعه

في الرحم. ولو قيل إن

الضمير للإنسان وما

بين الصلب والترائب

بأن الام لزال

الاشكال من أصله

ولأن خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل فكان دليلا على التمين فإذا ثبت التمين لزم كونه دليلا على البلوغ كما لو تعين قبل خروجه ولأنه مني خارج من ذكر أو حيض خارج من فرج فكان علما على البلوغ كل مني الخارج من الغلام والحيض الخارج من الجارية ولأنهم سلموا أن خروجها معا دليل على البلوغ بخروج أحدهما منفرداً أولى لأن خروجها معا يقتضي تعارضهما واسقاط دلالتهما إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل فيلزم أن يكون أحدهما فضلة خارجة من غير محالها وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فتبطل دلالتهما كاليتين إذا تعارضا وكالقول. إذا خرج من الخرجين جميعا بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها ومني الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ويقضى بثبوت دلالته كالحكم بكونه رجلا بخروج البول من ذكره وبكونه امرأة بخروجه من فرجها والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنى من ذكره وللجارية بخروج الحيض من فرجها فعلى هذا أن خرجا معا لم يثبت كونه رجلا ولا امرأة لأن الدليلين تعارضا فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين وهل يثبت البلوغ بذلك؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت، وهو اختيار القاضي ومذهب الشافعي لأنه إن كان رجلا فقد خرج المنى من ذكره وإن كان امرأة فقد حاضت (والثاني) لا يثبت لأنه يجوز أن لا يكون هذا حيضا ولا منيا فلا يكون فيه دلالة وقد دل تعارضهما على ذلك فانتفت دلالتهما على البلوغ كاتقاء دلالتهما على الذكورية والانوثة والله أعلم.

ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير. ولنا قول الله تعالى (فإن آتسّم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) قال ابن عباس: يعني صلاحاً في أموالهم، وقال مجاهد إذا كان عاقلاً، ولأن هذا اثبات في نكرة ومن كان مصلحاً لماله فقد وجد منه رشداً، ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا، ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل بحقيقته أن الحاجر عليه أنما كان لحفظ ماله عليه والمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه قولهم إن الفاسق غير رشيد قلنا هو غير رشيد في دينه، أما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقض بالكافر فإنه غير رشيد في دينه ولا يجبر عليه لذلك، ولا يلزم من منع قبول القول منه دفع ماله إليه، فإن من عرف بكثرة الغلط والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجليه في جمع الناس لا تقبل شهادتهم وتدفع أموالهم اليهم

(مسألة) (ولا يدفع ماله إليه حتى يختبر)

لأنه إنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا النيامي) أي اختبروهم واختباره بتفويض التصرفات التي يتصرف فيها أمثاله إليه، فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، فإذا تكرر منه فلم يغبن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد، وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يسان أموالهم عن الأسواق دفعت إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه فإن صرفها في مصارفها ومواقفها واستوفى على وكيله فيها وكله واستقصى عليه دل على رشده، والمرأة يفوض إليها ما يفوض إلى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء الكتان وأشياء ذلك، فإن وجدت ضابطة لما في يدها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة

(مسئلة) قال (وكذلك الجارية وان لم تنكح)

يعني أن الجارية اذا بلغت وأونس رشدها بعد بلوغها دفع اليها مالها وزال الحجر عنها وان لم تزوج ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ونقل أبو طالب عن أحمد لا يدفع الى الجارية مالها بعد بلوغها حتى تزوج وتلد أو يمضي عليها سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال عهد إلي عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجز جارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد ولداً رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعاً ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تزوج ويدخل عليها زوجها لان كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قوله تعالى (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كاتني دخل بها الزوج وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح ، ولنا ان نمنع ذلك وان سلمناه

(مسئلة) (وأن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه)

كالقضاء والقمار وشراء المحرمات ، وشراء آلات اللهو والخمر وان يتوصل به الى الفساد فهذا غير رشيد لانه تبذير لماله وتضييعه فيما لا فائدة فيه ، فان كان فسقه بالكذب والتهاون بالصلاة مع حفظه لماله لم يمنع ذلك من دفع ماله اليه لما ذكرنا

(مسئلة) (وعنه لا يدفع الى الجارية مالها بعد رشدها حتى تزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة) المشهور في المذهب ان الجارية اذا بلغت ورشدت دفع اليها مالها كالغلام وزال الحجر عنها وان لم تزوج وهذا قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد أن الجارية لا يدفع اليها مالها حتى تزوج وتلد أو تقيم سنة في بيت الزوج ، روي ذلك عن عمر وبه قال شريح والشعبي واسحاق لما روي عن شريح أنه قال . عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجز جارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد . رواه سعيد في سننه ولا يعرف له مخالف فصار اجماعاً ، وقال مالك لا يدفع اليها مالها حتى تزوج ويدخل عليها زوجها لأن كل حالة جاز للاب تزويجها من غير اذنها لم ينفك عنها الحجر كالصغيرة

ولنا عموم قول الله تعالى (وابتلوا النكاح حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) ولانها يتيم بلغ وأونس منه الرشد فيدفع اليه ماله كالرجل ، ولانها بالغة رشيدة فجاز لها التصرف في مالها كاتني دخل بها الزوج ، وحديث عمر ان صح فلم يعلم انتشاره في الصحابة فلا يترك به الكتاب والقياس ، وعلى أن حديث عمر مختص بمنع العطية فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها اليها ومنعها من سائر التصرفات ومالك لم يعمل به وانما اعتمد على اجبار الاب لها على النكاح

ولنا ان نمنع وان سلمناه فانما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصلحه لا يعلم الا بما شرته

٥١٨ حديث منع عطية للمرأة إلا بادن زوجها . ولاية الصبي والمجنون (النفى والشرح الكبير)

فإنما أجبرها على النكاح لان اختبارها للنكاح ومصلحته لا يعلم الا بمباشرته والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلاً احتدل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يحجز دفعه اليها كما لو ترشد ، وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(فصل) وظاهر كلام الحرقي أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى الروايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثالث بغير عوض الا بادن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها فحنثت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها قال له أن يرد تليها وليس لها عتق لما روي ان امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعباً ؟ » فقالت نعم فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب فقال « هل أذنت لها أن تصدق بحليها ؟ » قال نعم فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابن ماجه ، وروي أيضاً عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا بادن زوجها لإذهومالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة

والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلاً احتدل أن يدوم الحجر عليها عملاً بعموم حديث عمر ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها اليها فلم يحجز دفعه اليها كما لو لم ترشد وقال القاضي عندي أنه يدفع اليها مالها اذا عنست وبرزت للرجال يعني كبرت

(مسئلة) (وقت الاختبار قبل البلوغ في إحدى الروايتين)

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وايتلوا الكتاب حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منها رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاء قبل البلوغ لوجهين (أحدهما) أنه سماهم يتامى وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ (الثاني) أنه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فيدل على أن الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر إلا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصاحبة من المفسدة ، وإذا أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما نذكره ، وعنه ان اختباره بعد البلوغ أو مآ إليه أحد لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ولأصحاب الشافعي نحو هذا الوجه

(فصل) قال رضي الله عنه (ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون الا للأب) لانها ولاية على الصغير فقدم فيها الاب كولاية النكاح ثم وصيته بعده لانه نائبه أشبه وكيله في الحياة ثم لاحاكم لان الولاية انقطعت من جهة القرابة فتثبت لاحاكم كولاية النكاح ومذهب أبي حنيفة والشافعي ان الجدة يقوم مقام الاب في الولاية لأنه أب

وانا أن الجدة لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالاب الادنى فلم يل مال الصغير كالاخ ولان الاب يسقط الاخوة بخلاف الجدة وترث الام معه ثلث الباقي في زوج وأم وأب وزوجة وأم أب بخلاف الجدة فلا

عطية الاباذن زوجها « ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لما لها وجمالها - ودينها » والمادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتبسط فيه وينتفع به فاذا أعسر بالنفقة أنظرته فحري ذلك بحري حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض .

ولنا قوله تعالى (فان آمنتم منهم رشدوا فادفعوا اليهم أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم واطلاقهم في التصرف وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا معشر النساء تصدقن ولومن جليكن » وأنهن تصدقن فقبل صدقتهن ولم يسأل ولم يستفصل وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسأته عن الصدقة هل يجزيهن أن تصدقن على أزواجهن وأيتامهن ؟ فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ولان المرأة من أهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في التصرف بجميعه كما ختها وحديثهم ضعيف وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو فهو مرسل وعلى أنه محمول على أنه لا يجوز عطيتها لماله بغير إذنه بدليل أنه يجوز عطيتها ما دون الثلث من مالها وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث فالتحديد بذلك محكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل وقياسهم على المريض غير صحيح لوجوه (أحدها) أن المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالميراث والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا سائر

يصح قياسه عليه فأما من سواهم فلا يثبت لهم ولاية لان المال محل الجناية ومن سواهم قاصر السفقة غير مأمون على المال فلم يله كالاجنبي ، ومن شرط ثبوت الولاية على المال العدالة بغير خلاف لان في تفويضها الى الفاسق تضییعاً للمال فلم يجز كتفويضها الى السفیه ، وكذلك الحكم في السفیه اذا حجر عليه صغيراً واستدام الحجر عليه بعد البلوغ

(مسئلة) (وليس لوليها التصرف في مالها إلا على وجه الحظ لها وما لاحظ فيه ليس له التصرف به كالتق والهبة والتبرعات والمحاباة)

لقول الله سبحانه وتعالى (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وقوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » رواه الامام أحمد وهذا فيه اضرار فان فعل شيئاً من ذلك أوزاد على الثقة عليهما أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن لانه مفرط فضمن كتصرفه في مال غيرهما
(مسئلة) (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما الا الأب لانه غير متهم عليه لسكال شفقتة)

وبه قال أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والشافعي وزادوا الجد وقال زفر لا يجوز لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ولا يجوز ان يتعلق به حكان متضادان ، ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد كالسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد ، فأما الجد فلا ولاية له على ما ذكرناه فهو كالاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل اليه وترك حفظ نفسه لحظه ، وبهذا فارق الوصي والحاكم وامينه ، فأما الحاكم والوصي فلا يجوز لهما ذلك لانهما متهمان في طلب الحظ لا نفسها فلم يجز ذلك لهما بخلاف الاب

(مسئلة) (ولوليها مكتابة رقيقها وعتقه على مال)

الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وهما أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكره منتقض بالمرأة فانها تنفع بمال زوجها وتبسط فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بما لها وليس لها الحجر عليه وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

(فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشيء اليسير بغير اذنه؟ على روايتين (إحداهما) الجواز لان عائشة قالت . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما أفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها أجرها وله مثله مما كسب ولها بما أفقت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينتقص من أجورهم شيء » ولم يذكر لإذنا وعن أسماء أنها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ليس لي شيء إلا ما أدخل علي الزير فهل علي جناح ان أرضع بما يدخل علي فقال « أرضعي ما استطعت ولا توعي فيوعي عليك » متفق عليهما وروي أن امرأة أنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنا ناكل على أزواجنا وأبائنا فما يحل لنا من أموالهم؟ قال « الرطب تأكلينه وتهدينه » ولان العادة السماح بذلك وطيب النفس نجري مجرى صريح الاذن كما أن تقديم الطعام بين يدي الاكلة قام مقام صريح الاذن في أكله (والرواية الثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله

إذا كان الحظ فيه مثل أن تكون قيمته ألفاً فكاتبه بألفين أو بعقده بهما فان لم يكن فيها حظ لم يصح ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يجوز اعتاقه لان الاعتاق بمال تعليق له على شرط فلم يملكه ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار ، وقال الشافعي لا يجوز كتابته ولا اعتاقه لان المقصود منها العتق دون المعاوضة فلم يحز كالاتفاق بغير عوض

ولنا أنها معاوضة لليتيم فيها حظ فلها وليه كبيع ولا عبرة بنفع العبد ولا يضره كونه تعليقاً فانه إذا حصل لليتيم حظ لم يضره نفع غيره ولا كون العتق حصل بالتعليق وفارق ما قاسوا عليه فانه لا يقع فيه لعدم الحظ وانتفاء مقتضى لا ما ذكره ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً وإن كان العتق على مال بقدر قيمته أو أقل لم يحز لعدم الحظ فيه ، وقال أبو بكر يتوجه جواز العتق بغير عوض للحظ فيه مثل ان تكون له جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ولو أفردت إحداهما ساوت مائتين ولا يمكن أفرادها بالبيع فيعتق الاخرى لتكثر قيمة الباقية فتصير ضعف قيمتها

(مسئلة) (وله تزويج إماءها) إذا وجب تزويجهن بأن يطلبن ذلك أو يرى المصلحة فيه لانه ولي عليهن وقائم مقام مالكن فكان له تزويجهن كالمالك .

(مسئلة) (وله السفر بماله للتجارة فيه والمضاربة بمال اليتيم والمجنون وله أن يدفعه مضاربة بجزءه من الربح)

أبا كان أو وصياً أو حاكماً أو أمين حاكم وهو أولى من تركه ، ومن رأى ذلك ابن عمر والنخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي وأبو ثور ويروى لإباحة التجارة به عن عمر وعائشة والضحاك ولا نعلم احداً كرهه الا الحسن ولعله اراد اجتناب الخطأ به ورأى خزانه احفظ له وهو قول الجمهور لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ولي يتيماً له مال

صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا باذن زوجها » قيل يا رسول الله ولا الطعام؟ قال « ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه » وقال « إن الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولأنه تبرع بمال غيره بغير إذنه فلم يحز كغير الزوجة ، والاول أصح لأن الأحاديث فيها خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويبينه ويعرف أن المراد بالعام غير هذه الصورة الخصوصية والحديث الخاص لهذه الرواية ضعيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لأنها بحكم العادة تنصرف في مال زوجها وتبسط فيه وتصدق منه لحضورها وغيبته والاذن العرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كأنه قال لها افعلي هذا ، فإن منعها ذلك وقال لا تصدقي بشيء ولا تبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يحز لها ذلك لأن المنع الصريح نفى للاذن العرفي ولو كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته أو أخته أو غلامه المنتصرف في بيت سيده وطعامه جرى مجرى الزوجة فيها ذكرنا لوجود المعنى فيه ، ولو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالتى بطعمها بالفرض ولا يمكنها من طعامه ولا من التصرف في شيء من ماله لم يحز لها الصدقة بشيء من ماله لعدم المعنى فيها والله أعلم

فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » وروي موقوفاً على عمر وهو أصح من المرفوع ولأن ذلك أحفظ للعولي عليه لتكون نفقته من فاضله وربحه كما يفعله البائعون في أموالهم إلا أنه لا يتجر إلا في المواضع الآمنة ولا يدفعه إلا إلى الامناء ولا يفرقه ، وقد روي عن عائشة أنها أبضعت مال محمد بن أبي بكر في البحر فيحتمل أنه كان في موضع مأمن قريب من الساحل ، ويحتمل أنها جمعت ضماناً عليها أن هلك

(مسئلة) (والربح كله لليتيم)

يعني إذا اتجر بنفسه وأجاز الحسن بن صالح وإسحاق أن يأخذ الوصي مضاربة لنفسه لأنه جاز له أن يدفعه بذلك فجاز أن يأخذه بذلك له ، ويتخرج لنا مثل ذلك كما قلنا في الشريك إذا فعل بنفسه ما يجوز له الاجارة عليه فإنه يستحق الاجرة في أحد الوجهين كذلك هذا وبه قال أبو حنيفة ، والصحيح ما قلناه لأن الربح مائة مال اليتيم فلا يستحقه غيره إلا بعقد ولا يجوز أن يعقد الولي المضاربة لنفسه

(مسئلة) (فأما ان دفعه الى غيره فللمضارب ما جعل له الولي)

ووافقه عليه في قولهم جميعاً لأن الوصي نائب عن اليتيم فيما فيه مصلحته ، وهذا فيه مصلحته فأشبهه تصرف المالك في ماله .

(فصل) وله ابضاع ماله وهو دفعه الى من يتجر به والربح كله لليتيم لأنه اذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه الى من يوفر الربح أولى

(مسئلة) (ويجوز له بيعه نساء اذا كان له الحظ في ذلك)

فانه قد يكون أكثر ثمناً واقنع لكن يحتاط على الثمن بأن يأخذ به رهناً أو كفيلًا موثقاً يتحفظ الثمن به

(مسئلة) (وله قرضه برهن)

﴿مسئلة﴾ قال (والرشد الصلاح في المال)

هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأبو حنيفة وقال الحسن والشافعي وابن المنذر الرشد صلاحه في دينه وماله لأن الفاسق غير رشيد ولأن أفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله كما يمنع قبول قوله وثبوت الولاية على غيره وإن لم يعرف منه كذب ولا تبذير ولنا قول الله تعالى (فإن آتستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم) قال ابن عباس يعني صلاحا في أموالهم وقال مجاهد إذا كان عاقلا وعلان هذا إثبات في نكرة ومن كان مصححاً لماله فقد وجد منه رشد ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا ولأن هذا مصلح لماله فأشبه العدل بحققه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه فلمؤثر فيه ما أثر في تضييع المال أو حفظه وقولهم إن الفاسق غير رشيد قلنا : هو غير رشيد في دينه أما في ماله وحفظه فهو رشيد ثم هو منتقص بالكفر فانه غير رشيد ولم يحجر عليه من أجله ولو كانت العدالة شرطاً في الرشد لزال بزوالها كحفظ المال ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه فإن من يعرف بكثرة الغلط والغفلة والنسيان أو من يأكل في السوق ويمد رجله في مجامع الناس وأشباههم لا تقبل شهادتهم وتدفع إليهم

إذا لم يكن في قرض مال اليتيم حظ له لم يجز ، وإن كان في قرضه حظ لليتيم جاز . قال أحمد لا تقرض مال اليتيم لأحد تريد مكافاته ومودته . و يقرض على النظر والشفقة كما صنع ابن عمرو قيل لأحمد ابن عمر أقرض مال اليتيم قال : إنما استقرض نظراً لليتم واحتياطاً إن أصابه شيء غرمه . قال القاضي ومعنى الحظ أن يكون للصبي مال في بلد فيريد نقله إلى بلد آخر فيقرضه من رجل في ذلك البلد ليقتضيه بدله في بلده يقصد بذلك حفظه من الفرر في نقله أو يخاف عليه الهلاك من نهب أو غرق أو غيرها أو يكون مما يتلف بتناول مدته ، أو حديثه خير من قديمه كالحنطة ونحوها فيقرضه خوفاً من السوس أو تنقص قيمته ، وأشبه هذا فيجوز القرض لأن لليتم فيه حظاً فجاز كالتجارة به ، وإن لم يكن فيه حظ لم يجز لأنه تبرع بمال اليتيم فلم يجز كهبته ، وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، فإن أراد أن يودع مال اليتيم فقرضه ثقة أولى من ذلك لأن الوديعة لا تضمن فإن لم يجد ثقة يستقرضه فله ايداعه لأنه موضع حاجة ، وإن أودعه مع امكان قرضه جاز ولا ضمان عليه لأنه ربما رأى الإيداع أولى من القرض فلا يكون مفراطاً وكل موضع قلنا له قرضه فلا يجوز إلا للمليء أمين ليأمن جوده وتعذر الإيفاء وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه فإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد لأن الظاهر أن من يستقرضه لحظ اليتيم لا يبذل رهناً فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ ، وظاهر كلام شيخنا في هذا الكتاب المشروح أنه لا يجوز وكذلك ذكره أبو الخطاب لأن فيه احتياطاً للمال ، فإن تركه احتمل أن يضمن أن ضاع المال لتفريطه واحتمل أن لا يضمن لأن الظاهر سلامته وهذا ظاهر كلام أحمد لكونه لم يذكر الرهن

(فصل) قال أبو بكر هل يجوز للوصي أن يستتيب فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على روايتين بناء على الوكيل ، وقال القاضي يجوز ذلك للوصي ، وفي الوكيل روايتان وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان والوصي بخلافه .

أموالهم . إذا ثبت هذا فإن الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشراء الخمر وآلات اللهو أو يتوصل به إلى الفساد فهو غير رشيد لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لغیر ذلك كالكذب ومنع الزكاة وإضاعة الصلاة مع حفظه لماله دفع ماله إليه لان المقصود بالحجر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجر فلا حاجة اليه ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله اليه لم ينزع منه (فصل) وإنما يعرف رشده باختباره لقول الله تعالى (وابتلوا النبی حتى إذا بلغوا النکاح) يعني اختبروهم كقوله تعالى (لیلوکم أبکم أحسن عملاً ؟) أي یختبرکم ، واختباره بتفویض التصرفات التي یصرف فيها أمثاله فان كان من أولاد التجار فوض اليه البيع والشراء فاذا تكررت منه فلم یغبن ولم یضیع ما في يديه فهو رشيد ، وان كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين یصان أمثالهم عن الاسواق دفعت اليه نفقة مدة لیقفها في مصالحه فان كان قیما بذلك یصرفها في مواقعها ویستوفي على وكيله ویستقصی عليه فهو رشيد . والمرأة یفوض اليها ما یفوض الى ربة البيت من استئجار الغزالات وتوكيلها في شراء السكتان وأشياء ذلك ، فان وجدت ضابطة لما في يديها مستوفية من وكيلها فهي رشيدة ووقت الاختبار قبل البلوغ فی إحدى الروایتین وهو أحد الوجهین لأصحاب الشافعي لان الله تعالى قال (وابتلوا النبی حتى إذا بلغوا النکاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فظاهر الآية ان ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهین (أحدهما) انه سہم یتامی : وإنما یكونون یتامی قبل البلوغ

(مسألة) (وله شراء العقار لها وبناؤه مما جرت عادة أهل بلده به)

إذا رأى المصلحة في ذلك كله لانه مصلحة له فانه يحصل له الفضل ويبقى الأصل والغرر فيه أقل من التجارة لان أصله محفوظ

(فصل) ويجوز ان يبنى لها عقاراً لانه في معنى الشراء أحظ وهو ممكن فيتعين تقديمه وإذا أراد بناءه بناء بما يرى الحظ فيه مما جرت عادة أهل البلد به وقال أصحابنا بينه بالآجر والطین لا يبنى بالبن لانه إذا هدم لا مرجوع له ولا یجص لانه یلتصق بالآجر فلا یخلص منه فاذا أنهدم فسد الآجر لان تخليصه منه یفضي الى كسره وهذا مذهب الشافعي والذي قلناه أولى ان شاء الله فانه اذا كان الحظ له في البناء بغيره فتركه ضیع حظه وماله ولا یجوز تضييع الحظ العاجل وتحمل الضرر التاجز المتيقن لتوهم مصلحة بقاء الآجر عند هدم البناء ولعل ذلك لا يكون في حياته ولا یحتاج اليه مع ان كثير أمن البلدان لا یوجد فيها الآجر وكثير منها لم تجر عادتهم بالبناء به فلو كلفوا البناء به لاحتاجوا الى غرامة كثيرة لا یحصل منها طائل ، فعلى هذا یحمل قول أصحابنا على من عادتهم البناء بالآجر كالمرأى ونحوها ولا یصح حمله في حق غیرهم وإنما یفعل ما ذكرنا من الشراء والبناء إذا رأى المصلحة فيه والحظ لها

(مسألة) (وله شراء الاضحية للیتیم الموسر)

نص عليه اذا كان له مال كثير لا یتضرر بشرائها فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي هو يوم عيد وفرج وفيه جبر قلبه وإلحاقه بمن له أب فیزل منزلة الثیاب الحسنة وشراء اللحم سہما مع استجباب التوسعة في هذا اليوم وجري العادة بدلیل قول النبی صلی الله علیه وسلم «انها أيام أكل وشرب وذكر الله عز وجل» رواه مسلم وهذا قول أبي حنيفة ومالك قال مالك اذا كان له ثلاثون ديناراً یضحی عنه بالشاة بنصف دينار . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى لا یجوز وهو مذهب الشافعي

(والثاني) انه مد اختبارهم الى البلوغ بلفظة حتى فدل على ان الاختبار قبله ، ولان تأخير الاختبار الى البلوغ مؤد الى الحجر على البالغ الرشيد لان الحجر يمتد الى أن يختبر ويعلم رشده واختباره قبل البلوغ يمنع ذلك فكان أولى ، لكن لا يختبر الا المراهق المميز الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه فتصرف صح تصرفه على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أوما أحمد في موضع الى ان اختبار بهد البلوغ لان تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين

(مسألة) قال (فان عاود السفه حجر عليه)

وجملته ان المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع اليه ماله ثم عاد الى السفه اعيد عليه الحجر وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي لانه حر مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد . ولنا اجماع الصحابة وروى عروة بن الزبير ان عبدالله بن جعفر ابتاع يما فقال علي رضي الله عنه لا تبني عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد اتممت يما وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكك في

لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالهدية . قال شيخنا : ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين فالموضع الذي منع التضحية اذا كان الطفل لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها والموضع الذي أجازها اذا كان اليتيم يعقلها وينكسر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة فيها ، وعلى كل حال من ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشيء منها ويوفرها لنفسه لانه لا تحل الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا

(فصل) ومتى كان خلط مال اليتيم أرفق به وألين في الجبر وأمكن في حصول الادم فهو أولى ، وان كان الافراد أرفق به أفردته لقول الله تعالى (ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعتك) أي ضيق عليكم وشدد ، من قولهم أعت فلان فلانا اذا ضيق عليه وشدد

(مسألة) (ويجوز تركه في المكتب وأداء الاجرة عنه بغير اذن الحاكم)

وحكي لأحمد قول سفيان : لا يسلم الوصي الصبي الا باذن الحاكم فأنكر ذلك ، وذلك لان المكتب من مصالحه فجري مجرى نفقته لما كوله وملبوسه ، وكذلك يجوز أن يسلمه في صناعة اذا كانت مصلحته في ذلك لما ذكرناه

(مسألة) (ولا يبيع عقارهم الا لضرورة أو غبطة وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً)

وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع عقاره لغير حاجة لانا نأمره بالشراء لما فيه من الحظ فيعه اذا تقويت للحظ فان احتيج الى بيعه جاز قال أحمد يجوز للوصي بيع الدور على الصغار اذا كان أحظ لهم وبه قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي واسحاق قالوا يبيع اذا رأى الصلاح ، قال القاضي لا يجوز بيعه

البيع فقال عثمان كيف أحجر على رجل شريكه الزير؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي، وهذه قصة يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعا ولان هذا سفه فيحجر عليه كما لو بلغ سفها فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفها سفه وهو موجود، ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث أوجب انتزاع المال كالجنون، وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنعه دفع ماله اليه

(فصل) ولا يحجر عليه الا الحاك، وبهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره لان ذلك سبب الحجر فأشبه الجنون: ولنا أن التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا افتقر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم الحاكم كابتداء مدة العنة ولانه حجر مختلف فيه فلم يثبت الا بحكم الحاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يفتقر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه ثم عاد فرشد فك الحجر عنه. ولا يزول الا بحكم الحاكم، وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب: يزول السفه لانه سبب الحجر فيزول بزواله كما في حق الصبي والجنون

ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا به كحجر المفلس ولان الرشيد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والجنون فان الحجر عليهما بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه، ولانا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجورا عليه. قال أحمد: والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة

الا في موضعين (أحدهما) أن يكون فيه ضرورة الى كسوة أو نفقة أو قضاء دين أو ما لا بد منه وليس له ما تدفع به حاجته (الثاني) أن يكون في يعه غبطة وهو أن يبدل فيه زيادة كثيرة على ثمن مثله، قال أبو الخطاب كالثالث فما زاد أو يخاف عليه الهلاك بفرق أو خراب أو نحوه وهذا الذي ذكره شيخنا في المنع وهو قول في مذهب الشافعي وكلام أحمد يقتضي اباحة البيع في كل موضع يكون نظرا لهم ولا يختص بما ذكره فان الولي قد يرى الحظ في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينفع به أو نفعه قليل فيبيعه ويشتري له في مكان يكثر نفعه أو يرى شيئا في شرائه غبطة لا يمكنه شراؤه الا ببيع عقاره وقد تكون داره بمكان يتضرر الغلام بالمقام فيها لسوء الجوار أو غيره فيبيعه ويشتري له بشئ دارا يصلح له المقام بها وأشياء هذا مما لا ينحصر وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره وان دفع مثلا ثمنه لما لحاجته اليه واما لانه لا يمكن صرف ثمنه في مثله فيضيع الثمن ولا يبارك فيه فقد جاء عن النبي ﷺ « من باع داراً أو عقاراً ولم يصرف ثمنه في مثله لم يبارك له فيه » فلا يجوز بيعه إذا فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ولا في المنع بل متى كان الحظ في بيعه جاز وما لا فلا، وهذا اختيار شيخنا وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وان وصي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لاعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية) لانه مصلحة ليس فيها ضرر، وان كانت تلزمه نفقته لم يجز له قبولها لما فيه من الضرر بتقويت ماله بالنفقة عليه

(فصل) قال رحمه الله (ومن فك عنه الحجر فعاوده السفه أعيد الحجر عليه) وجملة ذلك أن المحجور عليه اذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه ودفع ماله اليه ثم عاد الى السفه أعيد عليه الحجر وبه

المجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبهه الصبي والسفيه

﴿ مسألة ﴾ قال (فمن عامله بعد ذلك فهو المتلف لماله)

وجملته ان الحاكم اذا حجر على السفه استحب ان يشهد عليه ليظهر أمره فتجنب معاملته ، وان رأى أن يأمر منادياً ينادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الاشهاد عليه لانه قد ينتشر أمره بشهرته وحديث الناس به فاذا حجر عليه فباع واشترى كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكم ما باع من ماله ورد الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلّف السفه أو تلف في يده فهو من ضمان المشتري ولا شيء على السفه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها كالذي يأخذه بقرض أو شراء أو غير ذلك رده الحاكم ان كان باقياً ، وان كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه علم بالحجر عليه أو لم يعلم لانه ان علم فقد فرط بدفع ماله الى من حجر عليه ، وان لم يعلم فهو مفرط اذ كان في مظنة الشهرة هذا اذا كان صاحبه قد سلطه عليه فاما ان حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط كالوديعة والعارية فاختار القاضي أنه يلزمه الضمان ان أتلّفه أو تلف بتفريطه لانه أتلّفه بغير اختيار صاحبه فأشبهه تالو كان القبض بغير اختياره ، ويحتمل أنه لا يضمن لانه عرضها لاتلافه وسلطه عليها فأشبهه المبيع ، وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه أو أتلّفه كالنصب والجناية فعليه ضمانه لانه لا تفريط من المالك ، ولان الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ومذهب الشافعي في هذا كله كذلك (فصل) والحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفه في وجوب الضمان عليهما فيما أتلّفاه من مال غيرهما بغير إذنه أو غصباء فتلف في أيديهما وانتفاء الضمان عنها فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة ، وأما الوديعة والعارية فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما وان أتلّفاه ففي ضمانه وجهان

(فصل) ولا ينظر في مال الصبي والمجنون ما دام في الحجر الا الاب أو وصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفه فان كان محجوراً عليه صغيراً واستديم الحجر عليه لسفهه فالولي فيه من

قال القاسم بن محمد ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبدأ الحجر على بالغ عاقل وتصرفه نافذ ، روي ذلك عن ابن سيرين والتخمي لانه مكلف فلم يحجر عليه كالرشيد . ولنا ما روى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً فقال علي لا تبين عثمان ليحجر عليك فأتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعاً وان عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى علي عثمان فقال ان ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير أنا شريكك في البيع فقال عثمان كيف أحجر علي من شريكك الزبير ؟ قال أحمد لم أسمع هذا الا من أبي يوسف القاضي وهذه قضية يشتهر مثلها ولم يخالفها أحد في عصرهم فتكون اجماعاً ولانه سفه فحجر عليه كما لو بلغ سفهاً فان العلة التي اقتضت الحجر عليه اذا بلغ سفهاً سفه وهو موجود ولان السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله اليه فاذا حدث وجب انزعاع المال كالمجنون وفارق الرشيد فان رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله اليه ، إذا ثبت ذلك فلا يحجر عليه الا الحاكم وهذا قال الشافعي وقال محمد يصير محجوراً عليه بمجرد تذييره لان ذلك سبب الحجر

ذكرناه ، وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه لم ينظر في ماله إلا الحاكم لأن الحجر يقتدر الى حكم حاكم وزواله يقتدر الى ذلك فكذلك النظر في ماله

(مسئلة) قال (وإن أقر المحجور عليه بما يوجب حداً أو قصاصاً أو طلق زوجته لزمه ذلك)

وجماته ان المحجور عليه لفس أو سفه إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والمردة والشرب والغذف والقتل العمد أو قطع اليد وما أشبهها فإن ذلك مقبول ويلزمه حكم ذلك في الحال لا نعم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ان اقرار المحجور عليه على نفسه جائز اذا كان اقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وان الحدود تقام عليه وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم ، وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر إنما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال ، وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى لا يقع طلاقه لان البضع يجري مجرى المال بدليل انه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال . ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا ينعم منه كالأقرار بالحد والقصاص ودليل انه لا يجري مجرى المال انه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولا يملك بالميراث ولانه مكلف طلق امرأته مختاراً فوق طلاقه كالعبد والمكاتب

(فصل) إذا أقر بما يوجب القصاص فمما المقر له على مال احتمل أن يجب المال لانه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة ، واحتمل أن لا يصح لثلا يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه على مال ولانه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالأقرار به ابتداء ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ولا يجب المال في الحال (فصل) وان خالع صح خلعه لانه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل

فأشبه الجنون ، ولنا ان التبذير يختلف ويختلف فيه ويحتاج الى الاجتهاد فاذا انقتر السبب الى الاجتهاد لم يثبت الا بحكم حاكم كالحجر على المفلس وفارق الجنون فانه لا يقتدر الى الاجتهاد ولا خلاف فيه

(مسئلة) (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لان الحجر عليه يقتدر الى الحاكم فكذلك النظر في ماله (مسئلة) (ولا ينفك عنه الحجر الا بحكمه)

يعني اذا رشد احتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم وبه قال الشافعي وقيل ينفك بمجرد رشده ، قاله أبو الخطاب لان سبب الحجر زال فيزول بزواله كما في حق الصبي والجنون ، ولنا أنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلا يزول الا بحكمه كالمفلس ولان الرشد يحتاج الى تأمل واجتهاد في معرفته وزوال تبذيره فكان كابتداء الحجر عليه وفارق الصبي والجنون فان الحجر عليهما بغير حكم الحاكم فيزول بغير حكمه ولا تنا لو وقفنا صحة تصرف الناس على الحاكم كان أكثر الناس محجوراً عليهم ، قال أحمد : والشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه يعني اذا كبر واختل عقله حجر عليه بمنزلة الجنون لانه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه فأشبه الصبي والجنون

(مسئلة) (ويستحب اظهار الحجر عليه وإن يشهد عليه الحاكم) ليظهر أمره فيجتنب

به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع إليه ، وإن دفع إليه لم يصح قبضه ، وإن ألتفه لم يضمه ولم تبرأ المرأة بدفعه إليه وهو من ضمانها إن ألتفه أو تلف في يده لأنها سلطته على اتلافه

(فصل) وإن أعتق لم يصح عتقه وهذا قول القاسم بن محمد والشافعي ، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه يصح لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصيح كعتق الرأهن والمفلس ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولأنه تبرع فأشبهه هبته ووقفه ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح عتقه كالصبي والمجنون وفارق المفلس والرأهن فإن الحجر عليها لحق غيرها (فصل) وإن تزوج صح التسكح باذن وليه وبغير إذنه وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أبو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء . ولنا أنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وإن لزم منه المال فخصوله بطريق الضمن فلا يمنع من العقد كما لو لزم ذلك من الطلاق

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لأن ذلك محض مصلحته لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ، ويصح استيلاؤه وتعقيق الأمانة المستولدة بموته لأنه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفهية معاملته وإن رأى أن يأمر مناديا بنادي بذلك ليعرفه الناس فعل ولا يشترط الإشهاد لأنه قد ينتشر أمره لشهرته **مسئلة** (ويصح تزويجه باذن وليه)

وبغير إذنه وهو قول أبي حنيفة واختاره القاضي ، وقال أبو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه وهو قول الشافعي وأبي ثور لأنه تصرف يجب به مال فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء ، ووجه الأول أنه عقد غير مالي فصح منه كخلعه وطلاقه وإن لزم منه المال فخصوله بطريق الضمن فلم يمنع صحته التصرف (فصل) وإن خالعه صح خلعه لأنه إذا صح الطلاق ولا يحصل منه شيء فالخلع الذي يحصل به المال أولى إلا أن العوض لا يدفع إليه وإن دفع إليه لم يصح قبضه ، وقال القاضي يصح وسنذكر ذلك في باب الخلع فإن قلنا : لا يصح القبض فأتلفه بعد قبضه فلا ضمان عليه ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه وهو من ضمانها إن ألتفه أو تلف في يده لأنها سلطته عليه .

مسئلة وهل يصح عتقه؟ على روايتين (إحداهما) لا يصح وهو قول القاسم بن محمد والشافعي (والثانية) يصح لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك فصيح كعتق الرأهن والمفلس ولنا أنه تصرف في ماله فلم يصح كسائر تصرفاته ولأنه تبرع فأشبهه هبته ووقفه ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه فلم يصح كعتق الصبي والمجنون وفارق المفلس والرأهن فإن الحجر عليها لحق غيرها وفي عتقهما خلاف أيضا قد ذكرناه

(فصل) ويصح تدبيره ووصيته لأن ذلك محض مصلحة لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه ويصح استيلاؤه وتعقيق الأمانة المستولدة بموته لأنه إذا صح ذلك من المجنون فمن السفهية أولى وله المطالبة بالقصاص لأنه موضوع للشفني والانتقام وهو من أهله وله العفو على مال لأنه تحصيل للمال لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال وقلنا الواجب القصاص عيناً صح عفو له لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا أحد شئئين لم يصح عفو عن المال ووجب المال كما لو سقطت القصاص بعفو أحد الشريكين

أولى، وله المطالبة بالتقصص لانه موضوع للتشفي والانتقام، وهو من أهله وله الفوق على مال لانه تحصيل للمال لا تضييع له، وان عفا على غير مال نظرت فان قلنا الواجب التقصص عينا صح عفو له لانه لم يتضمن تضييع المال، وإن قلنا أحد الشئيين لم يصح عفو عن المال ووجب المال كما لو سقط التقصص بعفو أحد الشريكين، وان أحرم بالحج صح إحرامه لانه مكلف أحرم بالحج أشبه غيره، ولان ذلك عبادة فصحت منه كسائر عباداته ثم ان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وان كان تطوعا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت اليه لانه لا ضرر في إحرامه وان كانت نفقة السفر أكثر فقال أنا أكتسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله، وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده، وان حنت في يمينه أو عاد في ظهاره أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان كفر بالصيام لذلك، وان

وان أحرم بالحج صح لانه مكلف أشبه غيره ولانه عبادة فصحت منه كسائر العبادات فان كان أحرم بفرض دفع اليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه وان كان تطوعا وكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر دفعت لانه لا ضرر في إحرامه فان زادت نفقة السفر فقال : أنا أكتسب تمام نفقتي دفعت اليه أيضاً لانه لا يضر بماله وان لم يكن له كسب فلوليه تحليله لما فيه من تضييع ماله ويتحلل بالصيام كالمعسر لانه ممنوع من التصرف في ماله، ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده وان لزمه كفارة يمين أو ظهار أو قتل أو وطء في نهار رمضان كفر بالصيام لما ذكرنا وان اعتق أو اطعم لم يجزه لانه ممنوع من ماله أشبه المفلس، وبهذا قال الشافعي، ويخرج أن يجزئه انتق بناء على قولنا بصحة عققه وان نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لانه غير محجور عليه في بدنه وان نذر الصدقة بمال لم يصح منه وكفر بالصيام فان فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع لزمه العتق إن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك الحجر عنه أنه يلزمه أداؤه وان فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(مسئلة) (وان أقر بمحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به)

وجملة ذلك ان المحجور عليه لسفه أو فليس إذا أقر بما يوجب حداً أو قصاصاً كالزنا والسرقة والقتل والشرب أو قطع اليد وما أشبهها فانه يصح اقراره ويلزمه حكم ذلك في الحال بغير خلاف علمناه، قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان اقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر أو قذف أو قتل وان الحدود تقام عليه . وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لانه غير متهم في حق نفسه والحجر انما تعلق بماله فقبل اقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال وان طلق زوجته نفذ طلاقه في قول الأكثرين، وقال ابن أبي ليلى لا يقع لان البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال ويصح أن يزول ملكه عنه بمال فلم يملك التصرف فيه كالمال

أعتق أو أطمع عن ذلك لم يحجزه؟ وبهذا قال الشافعي لأنه ممنوع من ماله أشبه المفلس ويخرج أن يحجزه العتق بناء على قولنا بصحته منه ، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها لأنه غير محجور عليه في بدنه ، وإن نذر صدقة المال لم يصح منه وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق أن قدر عليه ومقتضى قول أصحابنا أنه يلزمه الوفاء بنذره بناء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ثم فك عنه فإنه يلزمه أدائه وإن فك بعد تكفيره لم يلزمه شيء كما لو كفر عن يمينه بالصيام ثم فك الحجر عنه

(فصل) وإن أقر بنسب ولد قبل منه لأنه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقارره بالحد والطلاق ، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة

(مسئلة) قال (وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره)

وجملته ان السفية اذا أقر بمال كالدين أو بما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه

ولنا ان الطلاق ليس بتصرف في المال ولا يجري مجراه فلا يمنع منه كالاقرار منه بالحد والقصاص ودليل أنه لا يجري مجرى المال أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً فوق طلاقه كالعبد والمساكين

(فصل) وإن أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال احتمل أن يجب المال لأنه عفو عن قصاص ثابت فصح كما لو ثبت بالبينة واحتمل أن لا يصح لثلاث يتخذ ذلك وسيلة الى الاقرار بالمال بان يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الاقرار بالقصاص والعفو عنه الى مال ولأنه وجوب مال مستنده اقراره فلم يثبت كالاقرار به ابتداء فعلى هذا القول يسقط القصاص ولا يجب المال في الحال (فصل) وإن أقر بنسب ولد قبل منه لأنه ليس باقرار بمال ولا تصرف فيه فقبل كاقارره بالحد والطلاق وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة وغيرها لأن ذلك حصل ضمنا لما صح منه فأشبه نفقة الزوجة .

(مسئلة) قال (وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً)

إذا أقر السفية بمال كالدين أو ما يوجب كجناية الخطأ وشبه العمد واتلاف المال وغصبه وسرقته لم يقبل اقراره به لأنه محجور عليه لحظه فأشبهه الصبي والمجنون ولأننا لو قبلنا اقراره في ماله لزال فائدة الحجر لأنه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ كاقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال ، وظاهر قول الاصحاب أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه ، وهو قول أبي ثور واختيار الحرقي لأنه مكلف أقر بما يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بالدين وكاقرار الراهن على الرهن وكاقرار المفلس ، ويحتمل أن لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعي لأنه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولا المنع من نفوذ اقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر عنه لم يفد الا تأخير الضرر عليه الى أكل حاله

وسرقته لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحظه فلم يصح اقراره بالمال كالصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه يتصرف في ماله ثم يقر به فيأخذه المقر له ولانه أقرب ما هو بمنوع من التصرف فيه كإقرار الراهن على الرهن والمفلس على المال، ومقتضى قول الخرقى انه يلزمه ما أقر

وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغرماء بماله فيزول المانع بزوال الحق عن ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا اتنى الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لا يثبت بعد فك الحجر ولان الحجر لحق الغير فلم يمتنع تصرفهم في ذمتهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذمتهم على وجه لا يضر بغيرهم والحجر هنا لحظ نفسه من أجل ضعف قلبه وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بإبطال اقراره بالكلية كالصبي والمجنون . فأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية أو دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه أدائه لانه علم أن عليه حقاً فلزمه أدائه كما لو لم يقر به، وان علم فساد اقراره مثل أن علم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن ألتف مال من دفعه اليه بقرض أو بيع لم يلزمه أدائه لانه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه كما لو لم يقر به

(مسئلة) (وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون على ما ذكرنا من قبل)

لانه محجور عليه لحظه فهو كالصبي والمجنون

(مسئلة) قال الشيخ رحمه الله (ولولي أن يأكل من مال المولي عليه بقدر عمله اذا احتاج اليه) وان كان غنياً لم يحجز له ذلك اذا لم يكن أباً لقول الله تعالى (فمن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) واذا كان فقيراً فله أقل الامرين أجرته أو قدر كفايته لانه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً فلم يحجز أن يأخذ الا ما وجد فيه وقال ابن عقيل يأكل وان كان غنياً قياساً على العمل في الزكاة والآية محمولة على الاستحباب والاول أولى لظاهر الآية

(مسئلة) (وهل يلزمه عوض ذلك اذا أيسر ؟ على روايتين)

أما اذا كان أباً فلا يلزمه رواية واحدة لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما شاء مع الحاجة وعدمها وان كان غير الاب لم يلزمه عوض ذلك في احدى الروايتين وهذا قول الحسن والنعني وأحد قولي الشافعي لان الله تعالى أمر بالاكل من غير ذكر عوض فأشبهه سائر ما أمر بأكله، ولانه عوض عن عمله فلم يلزمه بدله كالاجير والمضارب (والثانية) يلزمه عوضه وهو قول عبيدة السلماني وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير وأبي العالية لانه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه قضاؤه كالضطر الى طعام غيره ، والاول أصح لانه لو وجب عليه اذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار فان اليسار ليس سبباً للوجوب فاذا لم يجب بالسبب الذي هو الاكل لم يجب بعده وفارق المضطر فان العوض واجب عليه في ذمته ، ولانه لم يأكله عوضاً عن شيء وهذا بخلافه

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) قياساً عليه

(مسئلة) (ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعدياً أو ما يوجب ضماناً قال قول قول الولي اذا ادعى الولي الاتفاق على الصبي والمجنون أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله أو ادعى

به بعد فك الحجر عنه وهو الظاهر من قول أصحابنا وقول أبي ثور لانه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال فلزمه بعد فك الحجر عنه كالعبد يقر بدين والراهن على الرهن والمفلس على المال، ويحتمل أن

أنه باع عقاراً لحظه أو بناء لمصلحته أو أنه تلف قبل قوله ، وقال أصحاب الشافعي : لا يمضي الحاكم بيع الامين والوصي حتى يثبت عنده الحظ بينه ولا يقبل قولها في ذلك ويقبل قول الاب والجدة . ولنا أن من جاز له بيع العقار وشراؤه لليتيم يجب أن يقبل قوله في الحظ كالأب والجدة ، ولانه يقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار فيقبل قوله في العقار كالأب ، وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لاحظ له في البيع لم يقبل الا بينة ، فان لم تكن بينة فالقول قول الولي مع يمينه ، وإن قال الولي أنفقت عليك منذ ثلاث سنين وقال الغلام أنا مات أبي منذ سنتين فقال القاضي القول قول الغلام لان الاصل حياة والده واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه فقدم قول من يوافق قوله الاصل

(مسئلة) (وكذلك القول قوله في دفع المال اليه بعد رشده)

لانه أمين فأشبه المودع ، ويحتمل أن القول قول الصبي لان أصله معه ولان الله سبحانه قال (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) فمن ترك الاشهاد فقد فرط فلزمه الضمان والاول المذهب وكذلك الحكم في المجنون والسفيه

(مسئلة) (وهل للزوج أن يحجر على امرأته في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين)

(احداها) ليس له الحجر عليها وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وهو ظاهر كلام الحرقى (والثانية) ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض الا باذن زوجها ، وبه قال مالك وحكي عنه في امرأة حلفت بعق جارية ليس لها غيرها فحنت ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها ، قال له أن يرد عليها وليس لها عتق لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي ﷺ بحلي لها فقال لها النبي ﷺ « لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها فهل استأذنت كعباً » فقالت نعم فبعث رسول الله ﷺ إلى كعب فقال « هل أذنت لها أن تصدق بحليها ؟ » فقال نعم فقبله . رواه ابن ماجه ، وروي أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها الا باذن زوجها إذ هو مالك عصمتها » رواه أبو داود ولفظه عن عبد الله بن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجوز لامرأة عطية الا باذن زوجها » ولان حق الزوج متعلق بما لها فان النبي صلى الله عليه وسلم قال « تنكح المرأة لما لها وجمالها ودينها » والعادة أن الزوج يزيد في مهرها من أجل مالها ويتيسر فيه وينتفع به ، وإذا أعسر بالنفقة أنظرته فجرى ذلك مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض

ولنا قول الله تعالى (فان آتسّم منهم رشداً فادفعوا أموالهم) وهو ظاهر في فك الحجر عنهم وإطلاقهم في التصرف ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن » وأنهن تصدقن قبل صدقتهن ولم يسأل ولا استفصل ، وأتته زينب امرأة عبد الله وامرأة أخرى اسمها زينب فسأته عن الصدقة هل يجزئن أن يتصدقن على أزواجهن وإيتامهن ، فقال « نعم » ولم يذكر لهن هذا الشرط ولان من وجب دفع ماله اليه لرشده جاز له التصرف فيه من غير إذن كالغلام ، ولان المرأة من اهل التصرف ولا حق لزوجها في مالها فلم يملك الحجر عليها في

لا يصح اقراره ولا يؤخذ به في الحكم بحال وهذا مذهب الشافعي لانه محجور عليه لعدم رشده فلم يلزمه حكم اقراره بعد فك الحجر عنه كالصبي والمجنون ولان المنع من نفوذ اقراره في الحال انما ثبت لحفظ ماله عليه ودفع الضرر عنه فلو نفذ بعد فك الحجر لم يقد الا تأخير الضرر عليه الى اكمل حالته وفارق المحجور عليه لحق غيره فان المانع تعلق حق الغير بماله فيزول المانع بزوال الحق عن

التصرف بجميعه كاختها وحديثهم ضعيف وشعب لم يذكر عبد الله بن عمرو فهو مرسل ويمكن حمله على انه لا يجوز عطيتها من ماله بغير اذنه بدليل انه يجوز عطيتها ما دون الثلث من ماله وليس معهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث والتحديد بذلك تحكم ليس فيه توقيف ولا عليه دليل ، ولا يصح قياسهم على المريض لوجوه

(احدها) ان المرض سبب يفضي الى وصول المال اليهم بالمراث والزوجية انما تجعله من اهل الميراث فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكم بمجردهما كما لا يثبت للمرأة الحجر على زوجها ولا لسائر الوراث بدون المرض (الثاني) ان تبرع المريض موقوف فان بريء من مرضه صح تبرعه وههنا أبطلوه على كل حال والفرع لا يزيد على أصله (الثالث) أن ما ذكرناه من مقتضى المرأة قلنا تنفع بمال زوجها وتنسب فيه عادة ولها النفقة منه وانتفاعها بماله أكثر من انتفاعه بماله وليس لها الحجر عليه على أن هذا المعنى ليس بموجود في الاصل ومن شرط صحة القياس وجود المعنى المثبت للحكم في الاصل والفرع جميعاً

(فصل) في الاذن . قال الشيخ رحمه الله (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة

في إحدى الروايتين)

ويصح تصرفه بالاذن وهذا قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح حتى يبلغ وهو قول الشافعي لانه غير مكلف أشبه غير المميز . ولان العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به للتصرف لحفائه وتزايد تزايداً خفي التدرج فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة . ولنا قول الله تعالى (وابتلوا النمامى حتى اذا بلغوا النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفوا اليهم أموالهم) ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم وانما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف اليهم من البيع والشراء ليعلم هل يقين أم لا ، ولانه عاقل يميز محجور عليه فصح تصرفه باذن وليه كالبعد وفارق غير المميز فانه لا تحصل المصلحة بتصرفه لعدم تميزه ومعرفة ولا حاجة الى اختباره لانه قد علم حاله ، وقولهم ان العقل لا يمكن الاطلاع عليه ، قلنا يعلم ذلك بأثارة وجريان تصرفاته على وفق المصلحة كما يعلم في حق البالغ فان معرفة رشده شرط دفع ماله اليه وصحة تصرفه ، ويحتمل أن يصح ويقف على اجازة الولي وهو قول أبي حنيفة ومبنى ذلك على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه وقد ذكرناه فيما مضى

(مسئلة) (ويجوز ذلك لسيد العبد)

بغير خلاف تعلمه لان الحجر عليه انما كان لحق السيد فجاز له التصرف باذنه لزوال المانع

(مسئلة) (ولا ينفك عنها الحجر الا فيما اذن لها فيه وفي النوع الذي أمر به)

لان تصرفه انما جاز باذن وليه وسيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه دون غيره كالتوكيل ،

ماله فيثبت مقتضى اقراره وفي مسئلتنا اتفق الحكم لخلل في الاقرار فلم يثبت كونه سبباً وبزوال الحجر لم يكمل السبب فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب كما لم يثبت قبل فك الحجر. ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذمتهم فأمكن تصحيح اقرارهم في ذمتهم على وجه لا يضر بغيرهم بان

فان دفع السيد الى عبده مالا يتجر فيه كان له ان يبيع ويشترى ويتجر به وان أذن له أن يشتري في ذمته جاز، وان عين له نوعاً من المال يتجر فيه لم يكن له ان يتجر في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يجوز ان يتجر في غيره وينفق عنه الحجر مطلقاً لأن اذنه اطلاقاً من الحجر وفك له والاطلاق لا يعمض كبلوغ الصبي

ولنا انه متصرف بالاذن من جهة الآدمي فوجب أن يختص ما اذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينتقض بما اذا اذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام لياكله ويخالف البلوغ فانه يزول به المعنى الموجب للحجر فان البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وأما يتصرف العبد بالاذن الا ترى ان الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد

(مسئلة) (وان اذن له في جميع انواع التجارة لم يحجز ان يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره)

وبه قال الشافعي وجوزها أبو حنيفة لانه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالكاتب، ولنا انه عقد على نفسه فلا يملك بالاذن في التجارة كبيع نفسه وتزويجه وقولهم يتصرف لنفسه ممنوع انما يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب فان المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يتناع من سيده

(مسئلة) (وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين)

(إحداها) لا يجوز لانه تصرف بالاذن فاخص بما أذن فيه ولم يؤذن له في التوكيل (والثانية) يجوز لانهم يملكون التصرف بأنفسهم فملكوه بنائبهم كالمالك الرشيد ولانه أقامه مقام نفسه

(مسئلة) (وان رآه سيده أو وليه يتجر فلم ينهه لم يصير مأذوناً)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة في العبد يصير مأذوناً له لانه سكت عن حقه فكان مسقطاً له كالشفيع اذا سكت عن طلب الشفعة

ولنا أنه تصرف يقتصر الى الاذن فلم يعم السكوت مقام الاذن كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت أو باع المرتهن والراهن ساكت وكتصرفات الاجانب ويخالف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان اذا علم لانها على الفور

(مسئلة) (وما استدان العبد فهو في رقبته يفديه سيده أو يسلمه وعنه يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق الا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمته سيده ؟ على روايتين)

يقال ادان واستدان وتداين بمعنى واحد والعبد قسمان: محجور عليه فما لزمه من الدين بغير رضا سيده مثل ان يقترض ويشترى شيئاً في ذمته ففيه روايتان (احداها) يتعلق برقبته اختارها الحنفي وأبو بكر لانه دين لزمه بغير اذن سيده فتعلق برقبته كالانلاف (والثانية) يتعلق بذمته يتبعه الغريم به اذا عتق وأيسر وهو مذهب الشافعي لانه متصرف في ذمته بغير اذن سيده فتعلق بذمته كعوض الخلع من الامة وكالحجر (القسم الثاني) المأذون له في التصرف أو في الاستدانة فابلزمه من الدين هل

يلزمهم بعد زوال حق غيره والحجر هنا لحظ نفسه من أجل ضعف عقله وسوء تصرفه ولا يندفع الضرر الا بابطال اقراره بالكسبة كالصبي والجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى فان علم صحة ما أقر به كدين لزمه من جناية او دين لزمه قبل الحجر عليه فعليه اداؤه لانه علم ان عليه حقا فلزمه

يتعلق برقبته أو ذمة سيده ، على روايتين (إحداهما) يتعلق برقبته وهو ظاهر قول أبي حنيفة لانه قال يباع إذا طالب الغرماء يبيعه وهذا معناه أنه يتعلق برقبته لانه دين ثبت برضا من له العين فيباع فيه كما لو رهنه (والثانية) يتعلق بذمة السيد وهو الذي ذكره الخرقي فعلى هذه الرواية يلزم مولاه جميع ما اذنان ، وقال مالك والشافعي إن كان في يده مال قضيت ديونه منه ، وإن لم يكن في يده شيء تعلق بذمته يتبع به اذا عتق وأيسر لانه دين ثبت برضا من له الدين اشبه غير المأذون أو فوجب ان لا يتعلق برقبته كما لو اقترض بغير إذن سيده ووجه قول الخرقي أنه اذا أذن له في التجارة فقد أغرى الناس بمعاملته وأذن فيها فصار ضامنا كما لو قال لهم دابوهم او اذن في استدانة تزيد على قيمته ، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها او فيما لم يؤذن له فيه مثل ان اذن له في التجارة في البر فاتجر في غيره فانه لا ينفك عن التعرير اذ يظن الناس انه مأذون له في ذلك ايضا (فصل) فأما اروش جناياته وقيم متلفاته فهي متعلقة برقبة العبد سواء كان مأذونا له او لا رواية

واحدة وبه يقول ابو حنيفة والشافعي وكل ما يتعلق برقبة العبد خير السيدين تسليمة لليسم وبين فدائه فاذا يبع وكان ثمنه اقل مما عليه فليس لرب الدين الا ذلك لان العبد هو الجاني فلم يجب على غيره شيء وان كان ثمنه اكثر فالفضل للسيد ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد ان السيد لا يرجع بالفضل ولعله يذهب الى انه دفعه اليه عوضا عن الجناية فلم يبق لسيده فيه شيء كما لو ملكه إياه عوضاً عن الجناية وليس هذا صحيحاً فان المجني عليه لا يستحق اكثر من قدر ارش الجناية عليه فهو كالوحي عليه حر والجاني لا يجب عليه اكثر من ارش جنايته ولان الحق تعلق بعينه فكان الفضل من ثمنه لسيده كالرهن ولا يصح قولهم انه دفعه عوضاً لانه لو كان عوضاً للملك المجني عليه ولم يبع في الجناية وانما دفعه ليباع فيؤخذ منه عوض الجناية ويرد اليه الباقي وكذلك لو أنفد درهما لم يبطل حق سيده منه بذلك وان عجز عن أداء الدراهم من غير ثمنه فان اختار السيد فداءه لزمه اقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لان أرش الجناية ان كان اكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني لعدم الجناية من غيره وانما تجب قيمته وان كان اقل فلم يجب بالجناية الا هو وعن أحمد رواية أخرى أنه يلزمه أرش الجناية كله لانه يجوز أن يرغب فيه راغب فيشتريه بارش الجناية فاذا منع منه لزمه جميع الارش لتفويته ذلك وللشافعي قولان كالروايتين

(فصل) فان تصرف العبد غير المأذون يبيع أو شراء بعين المال لم يصح لانه تصرف من المحجور عليه فيما حجر عليه فيه أشبه المفلس وقياساً على تصرف الاجنبي ، ويخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كتصرف الفضولي ، فأما شراؤه بثمن في ذمته واقتراضه فيحتمل أن لا يصح لانه محجور عليه اشبه السفهية ، ويحتمل أن يصح لان الحجر لحق غيره أشبه المفلس والمريض ، ويتفرع عن هذين الوجهين أن التصرف ان كان فاسداً فللبائع والمقرض أخذ ماله ان كان باقيا سواء كان في يد العبد أو السيد ، وان كان تالفاً فله قيمته أو مثله ان كان مثلياً ، فان تنف في يد السيد رجع عليه بذلك

أداؤه كما لو لم يقر به ، وإن علم فساد اقراره مثل أن يعلم أنه أقر بدين ولا دين عليه أو بجناية لم توجد منه أو أقر بما لا يلزمه مثل أن اتلف مال من دفعه إليه بقرض أو بيع لم يلزمه أدائه لأنه يعلم أنه لا دين عليه فلم يلزمه شيء كما لو لم يقر به

لأن عين ماله تلف في يده وإن شاء كان ذلك متعلقاً برقبة العبد لأنه الذي أخذه منه ، وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين ، وإن قلنا التصرف صحيح والمبيع في يد العبد فللبائع فسخ البيع والمقرض الرجوع فيما أقرض لأنه قد تحقق اعسار المشتري والمقرض فهو أسوأ حالا من الحر المعسر ، وإن كان السيد قد أنزعه من يد العبد ملكه بذلك لأنه أخذ من عبده مالا في يده بحق فهو كالصيد ، فإذا ملكه السيد كان كهلاكه في يد العبد ولا يملك البائع والمقرض أنزاعه من السيد بحال فإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد أو في ذمته سواء تلف في يد العبد أو السيد

﴿مسئلة﴾ (وإذا باع السيد عبده المأذون شيئاً لم يصح في أحد الوجهين)

لأنه مملوكه فلا يثبت له دين في ذمته كغير المأذون له أو كمن لا دين عليه ويصح في الآخر إذا كان عليه دين بقدر قيمته لانا إذا قلنا إن الدين يتعلق برقبته فكانه صار مستحقاً لأصحاب الديون فيصير كعبد غيره.

﴿مسئلة﴾ (ويصح اقرار المأذون له في قدر ما اذن له فيه دون ما زاد عليه)

لأنه لم يؤذن له فيه فهو كغير المأذون له ولأن الذي اذن له فيه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كالحرة

﴿مسئلة﴾ (وإن حجر عليه وفي يده مال ثم اذن له فيه فأقر به صح)

لأن المانع من صحة اقراره الحجر عليه وقد زال ولأنه يصح تصرفه فيه فصح اقراره به كما لو لم يحجر عليه وقياساً على غيره من الأحرار

﴿مسئلة﴾ (ولا يبطل الاذن بالاباق)

وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه . ولنا أن الأباقي لا يمنع ابتداء الاذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصب غاصب أو حبس بدين عليه ولا يصح ما ذكره فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وأجارته ممن يقدر عليه ويبطل بالمقصور

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) لأن ذلك ليس من التجارة ولا

يحتاج إليه فيها فأشبهه غير المأذون له

﴿مسئلة﴾ (وتجوز هديته للمأكول واعارة دابته)

وأنماخذ الدعوة ما لم يكن اسرافاً وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجوز ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز كهبة الدراهم ، ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحجب دعوة المملوك فروى أبو سعيد مولى بني أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبوذر فأمهم وهو يومئذ عبد رواء صالح في مسائله بأسناده ولأنه لما جرت به عادة التجار فيما بينهم فدخل في عموم الاذن

(فصل) إذا أذن ولي السفية له في البيع والشراء فهل يصح منه ؟ على وجهين (أحدهما) يصح لانه عقد معاوضة فملكه بالأذن كالنسكاح ولانه عاقل محجور عليه فصح تصرفه بالأذن فيه كالصبي يتحقق هذا ان الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ثم يصح تصرفه بالأذن فهنا أولى ولانا لو منعنا تصرفه بالأذن لم يكن لنا طريق الى معرفة رشده واختباره (والثاني) لا يصح لان الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه فاذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه فلم يصح كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمسة وللشافعي وجهان كهذين والله اعلم

(مسألة) وهل لغير المأذون له الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه اذا لم يضربه ؟ على روايتين (أحدهما) ليس له ذلك لان المال لسيده وانما أذن له في الاكل فلم يملك الصدقة به كالضيف ولا يتصدق بما أذن له في اكله (والثانية) يجوز لانه مما جرت العادة بالمساحة فيه والأذن عرفا لحاز كصدقة المرأة من بيت زوجها

(مسألة) وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير اذنه بنحو ذلك ؟ على روايتين (أحدهما) يجوز لان عائشة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما انفقت المرأة من بيت زوجها غير مفسدة كان لها اجرها وله مثله بما كسب ولها بما انققت وللخازن مثل ذلك من غير أن ينقص من اجورهم شيء » ولم يذكر اذنا ، وعن اسماء انها جاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : ليس لي شيء الا ما ادخل علي الزير فهل علي جناح ان ارضخ مما يدخل علي . قال « ارضخي ما استطعت ولا توعي فيوعي الله عليك » متفق عليهما . وروي ان امرأة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله : إنا كل كل على أزواجنا وأبنائنا فما يحل لنا من أموالهم ؟ قال « الرطب تأكلينه وتهديته » ولان العادة السباح بذلك وطيب النفس به فحرم صريح الاذن كما ان تقديم الطعام بين يدي الاكلة فام مقام صريح الاذن في اكله (والثانية) لا يجوز لما روى أبو امامة الباهلي قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تففق المرأة شيئاً من بيتها الا باذن زوجها » قيل يا رسول الله ولا الطعام قال « ذاك أفضل أموالنا » رواه سعيد في سننه وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه » وقال « ان الله حرم بينكم دماءكم وأموالكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا » ولانه تبرع بمال غيره بغير اذنه فلم يجوز كثير الزوجة ، والصحيح الاول لان الاحاديث فيه خاصة صحيحة والخاص يقدم على العام ويثبت به وبعرف ان المراد بالعام غير الصورة الخصوصية والحديث الخاص للرواية الثانية ضيف ولا يصح قياس المرأة على غيرها لانهما بحكم العادة تصرف في مال زوجها وتبسط فيه وتتصدق منه لحضورها وغيبته والأذن الرفي يقوم مقام الاذن الحقيقي فصار كأنه قال لها افعلي هذا . فأما ان منعها ذلك وقال لا تصدقي بشيء ولا تبرعي من مالي بقليل ولا كثير لم يجوز لما ذكرنا لان المنع الصريح نفي الاذن الرفي وكذلك لو كانت امرأته ممنوعة من التصرف في بيت زوجها كالذي يطعمها بالقرض ولا يمكنها من طعامه فهو كما لو منعها بالقول فان كان في بيت الرجل من يقوم مقام امرأته كجاريته وأخته وغلامه المتصرف في بيت سيده وطعامه فهو كالزوجة فيما ذكرنا لوجود المعنى فيه والله اعلم

❦ فهرس الجزء الرابع من كتابي المغنى والشرح الكبير ❦

«أكثر مواد هذا الفهرس يتفق فيها الكتابان وما اختلف فيه ترتيبها بيناه باثبات رقم صفحات الآخر تارة عن يسار السطور وتارة باعادة ذكر المادة مع رقمها في الكتاب الآخر ولو بلغ آخر»

صفحة	صفحة
(كتاب البيوع)	٤٨ (باب الشروط في البيع)
٣ كتاب البيع عقده بالقول والفعل	٤٩ ما يصح من الشروط في البيع وما لا يصح
٦ الخيار في البيع بين الطرفين. اشتراط رشد المتبايعين	٥٣ الشروط القاسدة في البيع
٨ خيار المجلس. ما يجوز بيعه وما لا يجوز	٥٤ اشتراط ما ينافي مقتضى البيع
١٢ ما يبطل الخيار. الخلاف في بيع المصحف	٥٥ بيع العبد بشرط عتقه والخلاف فيه
وشرائه وإبداله	٦٠ عدم فساد البيع بفساد الشرط
١٣ ما يباع من الكلاب وما يقتل	٦٦ شرط الخيار أبداً أو بدون مدة أو بذكر مدة مجهولة
١٥ الاستصباح بالدهن والشحم النجس وبيع الترياق	٦٧ انعقود التي يثبت فيها خيار الشرط
١٧ التصرف في المبيع في مدة الخيار. بيع ما فتح	٦٩ شرط الخيار لأحد العاقدين دون الآخر
من البلاد غنوة ولم يقسم	٧١ لزوم البيع بعد التفريق. نماء المبيع في مدة الخيار
١٩ حكم اقطاع ما فتح من البلاد غنوة وإجارتها	٧٣ تصرف البائع في مدة الخيار فسخ للبيع
وشرائه	٧٥ اعتاق المبيع في زمن الخيار يبطل الخيار
٢٠ بيع رباغ مكة وأجارها وهل فتحت صلحاً	٧٦ حكم وطء المشتري للامة في مدة الخيار
أو غنوة؟	٧٨ خيار الغبن وتلقي الركبان
٢٢ الشراء بمن في ماله شبهة لوجود الحلال والحرام فيه	٧٩ بيع النجس وشراء المسترسل وخياره
٢٧+ بيع الحمل في البطن وبيع جبل الجبلية	٨٠ خيار التدليس بما يزيد في الثمن
٢٩ بيع الملامسة والمنابذة وبيع غير المعين واستثناءه	٨٢ صحة البيع بالصفة. بيع المصراة
٣٠ خيار المجلس ما يجوز بيعه وما لا يجوز أو لا يصح	٨٥ خيار العيب. العيوب المثبتة للفسخ
٣١ بيع مجهول المقدار والصفة واستثناء بعض المبيع	٨٧ حكم كسب المبيع ونمائه المتصل والمنفصل
٣٤ بطلان البيع مع جهالة الثمن	٨٨ وطء الامة الثيب لا يمنع الرد بالعيب
٣٦ اشتراط الكيل في المكيل والوزن في الموزون	٨٩ وطء البكر وتعييب السلعة في زمن الخيار
٣٨ الجمع بين ما يجوز بيعه وما لا يجوز وتقريق الصفقة	٩٣ بيع غير المعين. استغلال المشتري للمبيع
٤١ صحة العقود ما عدا البيع بعد نداء الجمعة	٩٥ جواز الخيار أكثر من ثلاث. تأخير الرد بعد العلم بالعيب
٤٣ حرمه بيع الحمر وشرائها وبيع العبد المسلم ككافر	٩٧ فروع في بيع العيب ورده وارش النقص
بيع الحاضر للبادي وصوره ومعناه والخلاف فيه	١٠١ خيار التولية والشركة والمراجعة والمواضعة
٤٥ حكم شراء السلعة بعد بيعها نسئته	١٠٢ معنى المراجعة وحكمها والمواضعة وحكمها
٤٧ الاحتكار المحرم وشروطه استجاب الاشهاد	
في البيع	

صفحة	صفحة
١٥٦ مسألة مدعجوة ودرهم والخلاف فيها	١٠٤ فروع في المراجعة والمواضعة
١٥٨ فروع في بيع اجناس الربويات	١٠٩ خيار اختلاف المتبايعين
١٦٢ حرمة الربا في دار الحرب . البر والشعير وما اشبهها مكيلات	١١٠ اختلاف المتبايعين في الثمن
١٦٣ ربا السيئة . معناه وتحريره	١١١ فسخ أحد العاقدین للبيع أو كلاهما
١٦٥ بيع الكاليء بالكاليء . افتراق المتصارفين قبل التقاض	١١٤ الامتناع من تسليم المبيع قبل قبض الثمن
١٦٦ فروع في الصرف وفيما يبطله	١١٥ امتناع بيع ما لم يقبض في المكيل والموزون
١٧٩ فصول في احكام الصرف	١١٦ المبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاع
١٧٠ أخذ بدل العيب في المصارفة	١١٩ تقسم العقود الى لازم وغيره
١٧٢ اقتضاء احد التقدين من الآخر في الصرف	١٢٠ بيان ما يحصل به القبض في المكيل والموزون وغيرهما
١٧٣ حكم القبض في الذمة اذا كان مؤجلا	١٢٢ (باب الربا والصرف)
١٧٥ حكم صرف المغشوش بغش من غير جنسه	١٢٤ الاحاديث الواردة عن النبي ﷺ في الربا
١٧٧ تفرق المتصارفين قبل التقاض	١٢٥ علة الربا في الأمان والمطعومات
١٧٩ تحريم جميع الخيل في الشرع	١٢٨ الخلاف في المكيل والموزون هل هو ربوي أم لا ؟
١٨١ حكم الشراء بالتقود المكسرة وبيع تراب الصاعة	١٣٠ جواز التفاضل في الجنسين بدأ بيد لا نسبة
١٨٦ (اب بيع الاصول والاشمار)	١٣١ الروايات في النسبة في غير المكيل والموزون
١٨٨ دخول الغراس والبناء في بيع الارض	١٣٣ وجوب المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا
١٨٩ حكم شراء الارض فيها بذر أو زرع	١٣٥ جواز قسم المكيل وزنا وقسم الموزون كيلا
١٩٠ بيع التخل المؤبر وكون ثمره للبائع	١٣٧ بيان الاجناس الربوية ومعنى الجنس والتنوع
١٩٤ بيع الشجر الذي فيه ثمر ظاهر واقسامه	١٣٨ اشتمال الجنس الواحد على جنسين كالتمر والبن
١٩٧ بيع الارض فيها زرع ولاي المتبايعين يكون الزرع	١٤٠ بيع الحنطة بشيء من فروعها لا يجوز
١٩٩ بيع القرية هل يدخل فيها ارضها ؟	١٤٣ بيع بعض اللحم ببعضه رطباً لا يجوز
٢٠٠ بيع الارض فيها معادن جامدة كالذهب والفضة	١٤٥ بيع فروع الاجناس تتحد اصنافها وتختلف
٢٠٢ حكم شراء الثمرة دون الاصل قبل بدو صلاحها	١٤٦ بيع اللحم بالحيوان لا يجوز
١٠٣ بيع الزرع الاخضر في الارض لا يجوز إلا بشرط القطع	١٤٩ بيع الدقيق بالدقيق والمطبوخ بالمطبوخ والخبز بالخبز
٢٠٦ بدو الصلاح في بعض الثمر صلاح الجميع	١٥٢ بيع المزبنة وبيع المرايا
٢٠٨ بيع ما المقصود منه مستور في الارض وشرطه	١٥٥ كون بيع المرايا لا يجوز في غير النخيل

فهرس الجزء الرابع من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٢١١ بيع الثنيا وحكمه والخلاف فيه	٢٦٥ بيع المواضعة وهو ضد المراجعة
٢١٣ استثناء مقدار من المبيع أو بعض منه	٢٦٧ اذا تخالفا فتحالفا فأيهما يبدأ باليمين
٢١٥ شراء الثمرة دون الاصل وتلفها بجائحة	٢٦٩ الاختلاف في عين المبيع وفي صفة الثمن وفي الاجل والرهن
٢١٦ معنى الجائحة والخلاف في وصفها	٢٧٠ امتناع البائع من التسليم حتى يقبض الثمن
٢١٩ دخول المبيع في ضمان المشتري قبل القبض	٢٧١ بيع العبد الا بق لا يجوز ولا يصح
٢٢٠ الامور التي يحصل بها القبض وكونه في كل شيء بحسبه	٢٧٢ بيع الطير في الهواء والسماك في الماء لا يصح
٢٢٣ امتناع الشركة والتولية والحالة بالمبيع قبل قبضه	٢٧٥ فساد بيع الملامسة وبيع المنابذة
٢٢٥ حكم الاقالة في البيع وهل هي فسخ او بيع	٢٧٧ تحريم بيع عصب الفحل وبطلانه
٢٢٨ ما عرف مقداره لا يجوز بيعه جزافا	٢٧٩ حرمة سوم المبيع بعد سوم الغير له وبيع التلجئة
٢٢٩ جواز شراء الصبرة كل قفيز منها بدرهم	٢٨١ النهي عن تلقي الركبان والخيار فيما باعوه قبل دخول السوق
٢٣١ فروع في بيع اجزاء ما يتجزأ	٢٨٣ تحريم الاحتكار وبيع المضير ممن يتخذة خمراً
٢٣٣ (باب المصراة و ثبوت الخيار فيها)	٢٨٥ بطلان البيع باسقاط شرطين لا شرط واحد
٢٣٥ فروع في بيع المصراة	٢٨٧ فروع تتعلق بالشروط في العقد
٨٣٧ التدليس الذي يختلف الثمن لاجله يثبت الخيار	٢٩١ تفريق الصفقة ومعناه وأقسامه
٢٣٩ ظهور عيب في المبيع يثبت الخيار	٢٩٣ حكم انجار الوصي بال اليتيم والمضاربة به
٢٤٠ حكم امساك المغيب واخذ أرض المغيب	٢٩٥ حكم اكل الوصي من مال اليتيم وفرضه له
٢٤٣ تدليس المغيب وبيان العيوب الموجبة لنقص المالمية	٢٩٧ أحكام استدانة العبد وتصرفاته
٢٤٤ بيان العيوب المثبتة للفسخ	٢٩٩ تصرفات العبد المأذون وإقرار غير المأذون
٢٤٧ بيان اخذ الارش في المغيب	٣٠١ حكم قتل الكلب واقتنائه وتربية الجرو الصغير
٢٤٩ العلم بالمغيب بعد عتق المبيع أو موته يثبت الارش	٣٠٤ جواز بيع النحل وحكم بيع الترياق ولبن الاديان
٢٥١ اختلاف المتبايعين في كون العيب قبل الشراء أو بعده	٣٠٥ أدلة امتلاك رباع مكة وجواز بيعها
٢٥٤ صحة بيع العبد المرتد كالقاتل	٣٠٩ أحكام بيع ماء العيون والابار والكلاب
٢٥٧ اختلاف الثمن في بيع الشيء وشرائه ومسألة المينة	٣١١ استحباب الاشهاد في البيع وكراهة البيع والشراء في المسجد
٢٥٩ شراء المراجعة مع الزيادة في رأس المال	٣١٢ (باب السلم)
٢٦١ شراء شيئين صفقة واحدة وبيع احدهما مراجعة	٣١٤ ما يصح السلم فيه وما لا يصح
٢٦٢ فروع فيما يجب بيانه في بيع المراجعة	٣١٦ السلم في الجلود واللحم

صفحة	صفحة
٣٨٣ حكم رهن سواد العراق والارض الموقوفة	٣١٨ استقصاء صفات المسلم فيه لا يجب
٣٨٥ حكم رهن المتافع ورهن الوارث تركه الميت	٣٢٠ وصف الانعام والحيل واللحم في السلم
٣٨٧ جواز جعل الرهن في يد عدلين	٣٢٢ ما يوصف به غزل القطن والسكتان في السلم
٣٨٨ أحكام جعل الرهن أمانة ونقله ورهن المصير	٣٢٣ ما تضبط به المعادن والحشب والحجارة
٣٩١ اتلاف الرهن في يد العدل	٣٢٥ حكم السلم في السكيل وزنا وفي الموزون كيلا
٣٩٢ اذن المتعاقدين للعدل في بيع الرهن	٣٢٨ الاختلاف في جواز السلم حالا
بنقد معين	٣٣٥ أحكام تعذر تسليم المسلم فيه عند محله
٣٩٧ الاحتياط في رهن مال اليتيم ونحوه	٣٣٥ حكم وجدان الثمن ردياً بعد قبضه
٤٠١ تصرف الراهن في الرهن بشير العتق	٣٣٨ بطلان السلم في كل ما لين يحرم النساء فيها
٤٠٢ حكم وطء الراهن لامته المرهونة	٣٤٠ مسائل في موضع العقد والوفاء في السلم
٤٠٧ تحريم وطء الجارية المرهونة على المرتن	٣٤٣ جواز الاقالة في المسلم فيه
٤٠٩ احتياج العبد المرهون الى الحثان والتحل	٣٤٥ فروع تتعلق بقبض المسلم فيه وأحكامه
الى التأخير	٣٤٨ حكم أخذ الرهن والكفيل من المسلم اليه
٤١٠ جناية العبد المرهون وكون الرهن أمانة في	٣٥٠ فروع فيما يصح أخذ الرهن فيه وما لا يصح
بدا المرتن	٣٥٢ (باب الترض)
٤١٣ جناية العبد المرهون على سيده	٣٥٣ أحكام القرض وصحته من جائز التصرف
٤١٨ ادعاء العدل دفع الثمن الى المرتن وانكار	٣٥٥ جواز قرض المكيل والموزون
المرتن	٣٥٩ جواز قرض الخبز . شرط الرهن في القرض
٤٢٠ الجناية على الرهن وبيان الشروط الصحيحة	٣٦١ فروع في الزيادة الممنوعة في القرض
والفاسدة في الرهن	٣٦٢ جواز قضاء الدين بخير منه لا اشتراطه
٤٢٤ ابيع بشرط الرهن والضمين صحيح	٣٦٥ وجوب رد المثل او العين في القرض
٤٢٦ حكم تيب الرهن ومنه استحالة المصير خيراً	٣٦٦ (كتاب الرهن)
٤٢٩ الشروط الصحيحة والفاسدة في عقد الرهن	٣٦٧ جواز الرهن في الحضر والسفر وحكمه وأحواله
٤٣٢ أحكام انتفاع المرتن بالرهن	٣٦٩ فروع في كون الرهن لا يلزم الا بالقبض
٤٣٥ ما يتبع المبيع من الناء يتبع الرهن	٣٧١ القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة
٤٣٧ اصلاح الرهن ودفع الفساد عنه	٣٧٣ رهن المضمون كالمفصوب والمارية صحيح
٤٩٣ ما يجب على الراهن من نفقة المرهون حيواناً	٣٧٥ جواز رهن كل شيء يجوز بيعه
أو غيره	٣٧٦ صحة رهن المرتد والقاتل ورهن المدبر
٤٤١ وجوب اصلاح الرهن ونفقته على الراهن	٣٨٠ حكم رهن الثمرة قبل بدو صلاحها ورهن
٤٤٤ إذا كان الرهن مستحقاً لزم المرتن رده	المصحف والمستعار
على مالكة	

صفحة	صفحة
٤٤٧ فروع في الاختلاف في قدر الدين والرهن	٤٧٣ فروع في رجوع البائع في عين ماله الباقية
وغيرهما	عند المفلس
٤٤٩ فروع في أن الرهن لا ينفك إلا بقضاء	٤٨١ الامور التي تمنع البائع من الرجوع في سلته
جميع الدين	الباقية عند المفلس
٤٥١ ما يجب على الراهن عند حلول الحق	٥١٣ بيان الاشياء التي يحصل بها البلوغ في حق الغلام
٤٥٢ المرهن أحق بمن الرهن حتى يستوفي حقه	وفي حق الجارية
٤٥٥ (كتاب المفلس)	٥١٧ الاثنى كالتذكر في رفع الحجر عنها بالرشد
٤٥٦ إذا أصاب أحد عين ماله عند المفلس فهو	والتصرف في أموالها
أحق به	٥٢٠ حكم تصدق المرأة من مال زوجها بغير إذنه
٤٥٧ منع الغرماء المدين من السفر بشرطه	٥٢٣ اختبار الصبي والجارية لمعرفة رشدهما
٤٥٨ فروع في أحكام الافلاس وتزاحم الغرماء	٥٢٥ لا يصح الحجر من الحاكم ولا يزول إلا به
٤٦٠ شروط رجوع البائع في سلته الباقية عند	٥٢٨ أحكام تصرفات المحجور عليه كالتق والتكاح
المفلس	والنديب
٤٦٣ وجوب انظار المعسر وامتناع مطالبته وملازمته	٥٣٠ لا يقبل اقرار السفه بالدين في حال حجره
٤٦٥ فروع في رجوع البائع بعين ماله على المفلس	٥٣٣ حكم اذن الولي للصبي في التجارة وتصرفاته
٤٦٦ فروع في زيادة المبيع عند المفلس	٥٣٥ ارض جنابة المبدوقم متلفاته يتعلق برقبته

